Grundriss

der

ömischen Rechtsgeschichte

umfassend

das gesamte römische Recht

von

Dr. jur. Otto Knappe

Berlin

Verlag von Paul [illegible]

Das Reichsrech
in Einzeldarstellun



Wie sollen wir . . . Geistig arbeiten?

Eine Hygiene und Aesthetik der geistigen Arbeit

von

Albert Paul.

6. Auflage.

Preis elegant brosch. Mk. 1,—.

Inhalt.

Das glänzend geschriebene Buch bietet jedem **geistigen Arbeiter,** jedem **Studierenden** Anregungen in Hülle und Fülle.

Beachten Sie die Rückseite des Deckels.



Grundriß

der

Römischen Rechtsgeschichte

Grundriß

der

Römischen Rechtsgeschichte

umfassend das

gesamte private und öffentliche römische Recht
in seiner geschichtlichen Entwicklung

von

Dr. jur. Otto Knappe

Berlin
Verlag von Paul Nitschmann
125 Friedrichstraße 125
1904

Vorwort.

Nach Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuchs kann der Schwerpunkt der Lehre vom Zivilrechte nicht mehr beim römischen Rechte liegen, sondern muß bei der Lehre vom Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu suchen sein, hauptsächlich, was die allgemeinen Lehren anbetrifft. Dem ist bereits durch eine Änderung des Studienplans Rechnung getragen worden.

Das römische Recht als solches, dem übrigens der römische Zivilprozeß stets eng verbunden bleiben muß, interessiert wesentlich nur noch vom rechtsgeschichtlichen und philosophischen Standpunkte.

Da sind es vor allen anderen zwei Namen, die dem jungen Juristen als Leitsterne auf dem Wege zur Rechtserkenntnis voranleuchten, die Namen Gajus und Jhering.

Das Institutionenwerk des Gajus steht auf der Grenzscheide zwischen altem und klassischem römischen Rechte. In ihm spiegelt sich zudem der Gegensatz zwischen den beiden römischen Rechtsschulen wieder. Die Institutionen des Gajus sind daher die beste Grundlage für die Betrachtung des römischen Rechts in seiner geschichtlichen Entwicklung.

Wie Gajus die Grundlage bildet, so bietet Jhering mit seinem schöpferischen „Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung“ für die Art der Betrachtung des römischen Rechts das auf der Universität leider noch lange nicht genügend gewürdigte Vorbild.

Diesen Gesichtspunkten hat sich der Verfasser in vorliegendem Grundrisse Rechnung zu tragen bemüht.

Das weitere Bestreben des Verfassers war, wie ersichtlich, neben steter Anregung zum Quellenstudium eine möglichste Beschränkung des Stofflichen. Man wird sich überhaupt in der Lehre des römischen Rechts Beschränkungen auferlegen müssen. Es dürfte wohl heute kaum noch vorkommen, wie noch etwa vor einem Jahrzehnt, daß ein Romanist seinen Hörern die Kenntnisnahme der sämtlichen Rangklassen der späteren Kaiserzeit, als da sind die nobilissimi, patricii, illustres, spectabiles, clarissimi, perfectissimi, egregii u. s. w., zumutet. Es wird dies um so weniger angemessen sein, als die modernen Anforderungen an die allgemeinen Kenntnisse des Juristen größere geworden sind. Der Jurist soll auch einige Kenntnisse des praktischen Lebens haben, insbesondere in unserer Zeit des wirtschaftlichen Weltkampfes des Erwerbslebens.

Zwar ist die Jurisprudenz in ihrer edelsten Auffassung Philosophie, und nur diejenigen verdienen den Namen von Juristen, die sie so auffassen, dabei aber veram philosophiam, non simulatam affectantes. Die Jurisprudenz ist eine der Wirklichkeit zugewandte Philosophie, nicht Stuben- und Bücher-Gelehrsamkeit ($1,_1$ D. de J. et J. $1,_1$. Jhering, Geist des r. R., II. S. 389).

Berlin, im September 1903.

Otto Knappe.

Inhalts-Verzeichnis.

Erster Teil.

Verfassung und Verwaltung des römischen Staats in geschichtlicher Entwicklung.

Zweiter Teil.

Quellen und allgemeine Entwicklungsgeschichte des römischen Privatrechts.

Seite

Zweiter Abschnitt. Besonderer Teil. Einzelne Schuldverhältnisse.

Drittes Buch. Sachenrecht.

Erster Abschnitt. Besitz.

Zweiter Abschnitt. Eigentum.

Dritter Abschnitt. Rechte an fremder Sache.

Viertes Buch. Familienrecht.

Erster Abschnitt. Familien-Personen-Recht.

Erster Teil.

Verfassung und Verwaltung des römischen Staates in geschichtlicher Entwickelung.

---

1. Periode.

§ 1. Die Königszeit. 753—510 v. Chr.

a) Entstehung Roms.

Über die sogenannte Gründung Roms ist uns nicht mehr bekannt, als was sich in dem Sprichwort ausdrückt: Rom ist nicht an einem Tage erbaut worden.

Rom ist allmählich entstanden. In Rom selbst kursierten etwa 24 verschiedene Gründungsgeschichten.[1]) Vielleicht kamen die ersten Ansiedler gelegentlich eines ver sacrum[2]) nach Rom. Solche Ansiedler führten bei ihrem Anzuge das Bild eines dem Gotte, dem sie geweiht waren, heiligen Tieres als Feldzeichen vor sich. Dies war bei den latinischen Ramnes, Romani der Wolf. Sein Bild stellten sie in einer Grotte des Mons Palatinus, auf dem sie sich niederließen, auf. Diese Grotte wurde ihr Wolfsheiligtum, ihr lupercal; bei ihr nahmen die von den Wolfssöhnen bis in sehr späte Zeit gefeierten Stiftungsfeste, die Wolfsfeste, lupercalia, ihren Ausgang.[3])

---

1) Vgl. Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte, 3. Aufl. S. 9.

2) ver sacrum war die bei Übervölkerung einem Gotte geweihte Jugend, die, wenn sie herangewachsen war, unter religiösen Feierlichkeiten mit Waffen versehen in die Fremde geschickt wurde.

3) S. hierüber auch Schulin, Röm. Rechtsgeschichte, S. 12.

Vielleicht gleichzeitig mit den latinischen Ramnes kamen die sabinischen Tities (Quirites, von quiris = Lanze), die sich auf dem mons Quirinalis niederließen. Sie sollen ein Übergewicht über die Ramnes gehabt haben. Ihr Wappentier soll der Adler gewesen sein.[1])

Später gesellte sich diesen beiden Volkselementen eine gemischte Volksmenge unbekannter, vielleicht etruskischer Abstammung, die Luceres zu, die auf dem mons Coelius Wohnung nahm.

Für die Angehörigen dieser drei Stammdrittel (Tribus) wurde in staatsbürgerlicher Hinsicht der gemeinsame Name Quirites, in völkerrechtlicher Beziehung der gemeinsame Name Romani (S. P. Q. R. = senatus populusque Romanus) üblich.

Nach der Zeitrechnung des Varro nehmen wir als Gründungsjahr Roms das Jahr 753 v. Chr. an. Vielfach wird in wissenschaftlichen Werken nicht nach Jahren v. Chr., sondern nach Jahren a. u. c., d. i. ab urbe condita gerechnet.[2])

b) Die Könige.

Die Überlieferung berichtet einstimmig und unzweifelhaft richtig, daß urbem Romam a principio reges habuere.[3])

Man zählt 7 Könige. Der erste soll der sagenhafte Romulus gewesen sein. Auf ihn führte man alles zurück, dessen Ursprung unbekannt war. Der bedeutendste König war wohl der 6., Servius Tullius, der zweite Gründer Roms. Sein Nachfolger Tarquinius Superbus wurde 510 v. Chr. gestürzt.

---

[1]) Die Reihenfolge der alten, römischen Feldzeichen war Adler, dann erst Wolf.

[2]) Umrechnung durch Vergleichung mit 754, nicht 753.

[3]) Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte I 27.

Das Königtum war ein Wahlkönigtum, also nicht erblich. Die Wahl vollzog der populus, der Senat gab seine Bestätigung (patrum auctoritas). Dem Gewählten wurde durch eine lex curiata de imperio die höchste militärische, priesterliche und richterliche Machtvollkommenheit verliehen.

Beamte des Königs waren[1]) der tribunus celerum (Reiteroberst), bis zu einem gewissen Grade ähnlich dem späteren magister equitum, den sich der Diktator alsbald nach seiner Ernennung erwählen mußte. Der praefectus urbi vertrat den König, besonders in Abwesenheitsfällen. Der Kriminaljustiz dienten bereits unter den Königen die quaestores parricidii (Untersuchungsbeamte für Vergehen von Bürger zu Bürger) und die duoviri perduellionis (für Staatsverbrechen).

Von großer Bedeutung für die älteste römische Zeit waren die Priesterämter, die drei Kollegien der Augures, Zeichendeuter, die bei den meisten Staatsakten aus Zeichen voraussagten, der Pontifices, die auf die Rechtspflege erheblichen Einfluß erlangten, und der Fetiales, die der Vermittlung des völkerrechtlichen Verkehrs als Gesandte, Kriegsboten usw. dienten. Die Fetialen haben den Grund zur Bildung eines Völkerrechts gelegt. Die Opferdienste wurden von besonderen Priestern, den Flamines, versehen.

c) Das Volk.

Zu den Altbürgern, den Quiriten, Patriziern, hatten sich im Laufe der Zeit neue Elemente hinzugefunden, die zu jenen wahrscheinlich in ein Schutzverhältnis traten, deren Klienten wurden. Ohne Eingehung eines solchen Abhängigkeitsverhältnisses, das im übrigen keine staats-

---

[1]) Vgl. Karlowa I S. 55 ff.

bürgerlichen Rechte gewährte, wird eine nachträgliche Ansiedlung in dem wenigstens der Idee nach aufgeteilten Gebiete der Altbürger unmöglich gewesen sein. Von diesen Klienten werden mit der Zeit eine Anzahl Vermögen, Ansehen und Selbständigkeit erlangt haben. Sie wurden aus abhängigen Klienten zu selbständigen Plebejern.[1]) Die Zahl der letzteren mehrte sich, so daß Tarquinius Priskus die angesehensten Plebejer unter die Patrizier aufnahm und ihnen so staatsbürgerliche Rechte verlieh. Weiter ging noch sein Nachfolger Servius Tullius.

Es waren also in der römischen Bevölkerung drei Gruppen zu unterscheiden, die Patrizier (Altbürger, Quiriten), die Klienten und die Plebejer.

In staatsbürgerlicher Beziehung kamen bis zu Servius Tullius nur die Patrizier in Betracht. Sie waren die Angehörigen der alten drei Tribus der Ramnes, Tities und Luceres. Diese 3 Stammtribus zerfielen in je 10 Kurien und jede Kurie in je 10 gentes, so daß 300 gentes vorhanden waren. Aus jeder gens trat je der Älteste in das Ältesten-Kollegium, den Senat (Versammlung der senes) ein. Der Senat bestand also ursprünglich aus 300 Senatoren.[2]) Zur Zeit der Könige war er lediglich eine beratende Körperschaft.

Die Gemeinsamkeit der gens zeigte sich besonders auf religiösem, sakralem Gebiete, die Gentilen hatten gemeinsame Heiligtümer (sacra gentilicia) und gemeinsame Begräbnisstätten (sepulcra gentilicia); sie hatten ferner einen gemeinsamen Namen (nomen gentilicium).

Die gens zerfiel ihrerseits in einzelne Familien, die

---

[1]) So Mommsen, Abriß des Staatsrechts S. 15. Anders Karlowa I S. 62, der in den Plebejern Angehörige besiegter Stämme, die bei Rom angesiedelt wurden, sieht.

[2]) Vgl. Karlowa S. 41.

durch das Band agnatischer Verwandtschaft zusammengehalten wurden.

Die Patrizier hielten ihre Versammlungen in den Kuriat-Komitien, nach Kurien gesondert, ab. Zuständig waren dieselben besonders für die Wahl des Königs, nach Karlowa I S. 53/54 auch für Provokation gegen Entscheidungen der duoviri perduellionis (Staatsverbrechen). Versammlungsort war das Zentrum der Stadt, das comitium.

Die Plebejer erhielten erst durch Servius Tullius einen gewissen Anteil an den staatsbürgerlichen Rechten.

Servius Tullius griff, nachdem schon Tarquinius Priskus aus den Plebejern neue Geschlechter in den Patriziat als Ramnes, Tities, Luceres secundi aufgenommen hatte, radikaler in die alte Stadtverfassung ein. Zwar änderte er nichts an den alten, auf göttliches Recht gegründeten Ordnungen der Geschlechter, Kurien und Tribus. Dies wäre gegen das fas, göttliche Recht, gewesen. Nicht aber war es nefas, wenn der König daneben das Kriegsheer auf dem Marsfelde befragte.[1]) Zum Kriegsdienste waren sowohl Patrizier wie Plebejer verpflichtet. Eine auf dieser Verpflichtung aufgebaute Volksversammlung umfaßte daher das gesamte Volk, sowohl den populus wie die plebs. Von diesen Gesichtspunkten ließ sich Servius Tullius bei Schaffung seiner, der Servianischen Verfassung leiten.

Die Kriegslast und ihr — allmählich immer mehr — folgend die Stimmberechtigung sollte sich nach dem Vermögen richten. Es war dazu eine Abschätzung, Census, nötig. Diese machte wieder die Schaffung eines allgemeinen, festen Wertmessers notwendig, wie er sich am

---

[1]) Vgl. Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte, 3. Aufl., S. 81, 82.

besten in gemünztem Gelde[1]) ergibt. Ferner war der Abschätzung halber eine örtliche Scheidung nötig; Servius schuf daher 30 örtliche Tribus, 4 städtische und 26 ländliche.[2])

Nach der Servianischen Verfassung, wie sie auf diesen Grundgedanken entstand, zerfiel das gesamte Volk (jetzt populus) in 5 Klassen (ordines) mit 193 Zenturien, teils juniores (17—45 Jahr alte für den Felddienst), teils seniores (46—60 Jahr alte[3]) für den Besatzungsdienst). An der Spitze aller Zenturien standen die 18 Ritterzenturien. Jede Zenturie hatte eine Stimme. Die Verteilung der Zenturien auf die verschiedenen Klassen war so, daß die Patrizier auch in den Zenturiatkomitien bei Einigkeit die Majorität hatten.

Auf Grund der Tribuslisten wurde im Notfalle eine außerordentliche Kriegssteuer (tributum) erhoben.[4]) Mit Hilfe der Tribuslisten (Personal-Nachweisung) fertigte der Zensor alle 5 Jahre (lustrum) neue Zensuslisten

---

1) Die römische Einheitsmünze war das as, $\frac{1}{12}$ as = uncia, $\frac{1}{6}$ oder $\frac{2}{12}$ = sextans, $\frac{9}{12}$ oder $\frac{3}{4}$ = dodrans. Mit as bezeichneten die Römer auch das Ganze; daher heres ex asse = Universalerbe. Seit 269 v. Chr. wurden auch Silbermünzen: Denare und Sesterzen (1 Sesterz = nummus unus) geprägt, seit Konstantin auch Goldmünzen (solidus). Durch Entscheidung des Reichsgerichts ist der Betrag von 500 solidi auf 4666$^2/_3$ Mk. angenommen.

2) Vgl. Karlowa I S. 79.

3) Nach der Deutschen Wehrordnung umfaßt die Wehrpflicht sowohl die Dienstpflicht (bis zum 39. Lebensjahre), wie die Landsturmpflicht (bis zum 45. Lebensjahre).

4) Zu einer häufigen, ja regelmäßigen Auflage wurde das tributum erst seit Entrichtung von Sold (stipendium) an die Soldaten, 405 v. Chr. (Karlowa S. 81).

nach vorgenommener Volkszählung und Vermögenseinschätzung aus.

Die Zenturiatkomitien wurden zunächst zuständig gemäß ihrem militärischen Charakter für die Entscheidung über Krieg und Frieden, für die Wahl des Königs als obersten Kriegsherrn, wie sie später die Konsuln wählten. Den Kuriatkomitien verblieben wesentlich die das innere Staatsrecht betreffenden Angelegenheiten.[1])

Neben den Komitien gab es bereits in der Königszeit formlose Zusammenkünfte von Bürgern, die contiones; z. B. fand das Strafverfahren der Kriminal-Magistrate der späteren Zeit vor contiones statt. Dagegen gab es in der Königszeit noch keine Tributkomitien.

d) Das Staatsgebiet zerfiel in die von der Stadtmauer umzogene, von Servius Tullius erweiterte urbs und den außerhalb derselben belegenen ager.[2]) An der Mauer zog sich ein geheiligter Saum, das pomerium, entlang. „Die heutigen Forscher sind noch nicht einig darüber, ob das pomerium als ein Streifen zu beiden Seiten der Mauer oder als ein außerhalb der Mauer abgegrenzter Raum oder als ein solcher innerhalb der Mauer aufzufassen sei.“[3])

e) Das Ende des Königtums wurde herbeigeführt durch die Vertreibung des tyrannischen Tarquinius Superbus im Jahre 510 v. Chr.

---

[1]) Karlowa I S. 82—88.

[2]) Was wir Kampagna nennen, nennen die Italiener noch heute vorwiegend agro Romano.

[3]) Karlowa I S. 59 und S. 60 und 61.

2. Periode.

Die Zeit der Republik.

§ 2. Daten aus der äußeren Entwicklung der römischen Republik.

Nach Vertreibung der Könige hatte Rom verschiedene Kämpfe mit den nördlich wohnenden Etruskern zu bestehen, nicht bloß Rom, sondern überhaupt der Stamm der Latiner, von dem ja die Römer ein Zweig waren. So kam es zu Bündnissen des römischen Gemeinwesens mit anderen Staaten, so kam es zum latinischen Bunde. Auf Grund desselben hatten die Latiner mit Rom, und wahrscheinlich auch umgekehrt, connubium und commercium, ja sie erlangten durch Eintragung in die Zensuslisten sogar römisches Staats-Bürgerrecht mit dem jus suffragii et honorum. Rom bildete sich zur führenden Macht aus.

Eine schwere Erschütterung erlitt Rom durch den Einfall der Gallier, die unter Brennus 390 v. Chr. die Römer an der Allia vollständig besiegten und Rom verbrannten. Sehr gefährlich wurden weiter den Römern ihre Kriege mit den Samnitern seit ca. 340 v. Chr., in die auch die Etrusker, Umbrer, Gallier, Lukaner und Bruttier hineingezogen wurden. Sie endeten nach Besiegung des aus Epirus zu Hilfe gerufenen Königs Pyrrhus ca. 270 v. Chr. mit Unterwerfung fast ganz Italiens. Nach dem ersten Samniterkriege hatte sich auch das Verhältnis Roms zu den Latinern, die die Vorherrschaft Roms nicht länger anerkennen wollten, geändert. Es kam zur Auflösung des latinischen Bundes. Nach siegreichem Kampfe trat Rom gemäß dem Grundsatze: divide et impera zu den verschiedenen latinischen Stämmen in ein verschiedenes Verhältnis.

Nach Erlangung der Vorherrschaft in Italien[1]) kam es zwischen den Römern und Karthagern zunächst zu einem Kampfe um Sizilien, zum ersten punischen Kriege 264—241. Sizilien wurde römische Provinz. Dann wurde den Karthagern auch Sardinien entrissen. Nord-Italien, das Gallia cisalpina, wurde unterworfen. Im 2. punischen Kriege 218—201 rissen die Römer Spanien an sich. Dann kämpften sie erfolgreich gegen den König Philipp von Mazedonien und den König Antiochus von Syrien, zu dem der besiegte Karthager-Feldherr Hannibal geflohen war. Nach siegreich beendetem 3. punischen Kriege 149—146 wurden Afrika, Mazedonien und Achaja römische Provinzen. Die Römer wurden Herren des ganzen Mittelländischen Meeres. Im Norden behaupteten sie sich gegen Gallier und Germanen (113—101 Kriege mit den Cimbern und Teutonen) und 58—50 v. Chr. unterwarf Cäsar das Gallia Transalpina, zog bis nach Britannien und überschritt einige Male den Rhein.

Nach der Ermordung Cäsars 44 v. Chr. kam es zum Bürgerkriege zwischen Antonius, Lepidus und Oktavianus, in welchem letzterer nach dem Seesiege von Aktium (31 v. Chr.) und nach dem Selbstmorde des Antonius (30 v. Chr.) siegreich blieb.

§ 3. Die innere Entwickelung der römischen Republik.

Die innere Entwickelung des römischen Staates erhielt nach Vertreibung der Könige ihr charakteristisches Gepräge

---

[1]) Im Anschluß daran entstand in Rom der internationale Rekuperatorenprozeß, aus dem sich die legisactio per condictionem entwickelt haben soll (so Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte, 8. Aufl. S. 109). Weiter wurden im Anschluß daran 269 v. Chr. in Rom die ersten Silbermünzen (Sesterz) als gemeinsame Münze für Italien ausgeprägt.

durch die Stände-Kämpfe zwischen Patriziern und Plebejern um die Herrschaft, Kämpfe, die nicht weniger heftig waren als diejenigen, welche Rom nach außen zu bestehen hatte.

Man kann daher in der inneren Entwickelung unterscheiden zwischen der Zeit bis zur Beendigung des Ständekampfes und zwischen der folgenden Zeit.

A. Die Zeit bis zur Beendigung des Ständekampfes.

Mit Errichtung der Republik traten an Stelle des Königs 2 jährlich aus den Patriziern zu wählende Konsuln, die anfangs auch praetores oder judices hießen. Auf sie ging das imperium des Königs in der Weise über, daß der eine gegen den anderen ein Interzessions- (Veto-)Recht hatte. Die priesterlichen Funktionen des Königs gingen aber nicht auf die Konsuln, sondern auf die pratrizischen pontifices über, die damit den obersten Rang in der Priesterschaft erhielten.

Schon im zweiten Jahre der Republik begann der Ständekampf und zwar mit einer Einschränkung des imperium der Konsuln. Die lex Valeria de provocatione vom Jahre 509 v. Chr. bestimmte, ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret, d. h. gegen Urteile der Kriminal-Magistrate[1]), die auf Leibesstrafe gingen, sollte Provokation an das in den Zenturiatkomitien versammelte Volk zulässig sein. Diese Bestimmung galt nur intra primum miliarium, innerhalb der Bannmeile, d. h. innerhalb 1000 Schritt vom pomerium aus gerechnet.

---

[1]) Dies waren die Magistrate cum imperio, also vor allem die Konsuln.



Von einschneidender Bedeutung war die Einsetzung von zunächst[1]) 2 tribuni plebis, plebejischen Volkstribunen, im Jahre 494 v. Chr. als Erfolg des ersten Staatsstreiks der Plebejer, der ersten secessio plebis in montem sacrum. Die Volkstribunen hatten das ius auxilii und intercessionis. Sie waren für die Plebs das, was die Konsuln für die Patrizier waren. Die Plebs gerierte sich als autonome Gemeinde[2]) mit eigenen Gemeindevorstehern und eigenen Versammlungen (Tributkomitien). Die Einigungs-Verhandlungen und -Beschlüsse zwischen Patriziern und Plebejern waren leges sacratae: Jeden, der die Hand gegen einen Tribunen erhob, konnte man ohne weiteres als homo sacer töten. Eine lex Publilia Voleronis vom Jahre 471 v. Chr. bestimmte, daß die tribuni (und aediles)[3]) plebis ausschließlich von den Tributkomitien gewählt werden sollten, daß die letztern auch über Gesamt-Staats-Angelegenheiten verhandeln dürften und ihre bezüglichen Beschlüsse (Plebiszite) durch die Konsuln dem Senat zur Entscheidung darüber vorgelegt werden müßten, ob die Sache bei der allgemeinen Volksversammlung, centuriatus maximus, als Gesetzentwurf einzubringen sei.

Die nächsten Bestrebungen der Plebejer gingen auf Schutz gegenüber den patrizischen Magistraten sowohl auf zivilrechtlichem wie strafrechtlichem Gebiete hinaus. Die Rechtsprechung lag bei den Patriziern. Gesetze waren

---

[1]) Schon 457 v. Chr. gab es 10 Volkstribunen. Der Name Tribun ist vielleicht aufgenommen worden in Anlehnung an den tribunus militum, Militärtribun, Legionsführer, zu welcher Stellung seit Servius Tullius auch die Plebejer befähigt waren. Mommsen S. 169.

[2]) Zu weit geht Mommsen S. 50 ff.; gegen ihn vgl. den wohl abwägenden Karlowa S. 101.

[3]) Die plebejischen Ädilen entsprachen den patrizischen Quästoren, den Gehilfen der Konsuln. Sie waren die Gehilfen der Volkstribunen.

nicht aufgezeichnet. Die Plebejer waren daher etwaiger Willkür preisgegeben. Dem zu steuern, stellte der Volkstribun Terentilius Arsa 462 v. Chr. den Antrag, ut quinqueviri creentur legibus de imperio consulari scribundis. Der Antrag wurde vom pratizischen Senate verworfen. Er wurde wiederholt und wieder verworfen. Es kam zu heftigen Kämpfen zwischen Patriziern und Plebejern. Exilierte Patrizier führten sogar fremde Kriegshaufen gegen die eigene Vaterstadt. Endlich nach 8 Jahren — 454 v. Chr. — verstand sich der Senat zu einer kleinen Konzession, indem die konsularische Strafgewalt bei Vermögensstrafen (multae) auf 2 Schafe und 30 Rinder beschränkt wurde (lex Aternia Tarpeja). Gleichzeitig beschloß man, drei Patrizier nach Griechenland zum Studium des dortigen Rechts zu entsenden. Nach deren Rückkehr endlich ging im Jahre 452 v. Chr. der Terentilische Antrag mit der Änderung durch, daß decemviri legibus scribundis consulari potestate eingesetzt werden sollten. Dies geschah 451 v. Chr. Zu Dezemvirn wurden aber nur Patrizier gewählt. An ihrer Spitze stand Appius Claudius, aus sabinischem, erst spät in Rom naturalisierten Geschlechte, von den Altbürgern vielleicht vorgeschickt, damit er sich im Kampfe gegen die Plebejer Lorbeeren erwerben könne. Während der Tätigkeit der Gesetzgebungskommission hielt man es ja auch für erforderlich, das Volkstribunat und das Provokationsrecht zu suspendieren;[1]) die Schaffung eines solchen Ausnahmezustandes war vielleicht die einzige Frucht, die sich aus der Reise nach Griechenland ergab.[2]) Nachdem im

---

[1]) Das Volkstribunat ruhte während dieser Zeit nur; so auch Mommsen S. 170 oben, früher anscheinend anders, vgl. Karlowa S. 104 Anm. 4.

[2]) „Auch in den griechischen Städten war die Gesetzgebung von einer dem Gesetzgeber verliehenen unbedingten Autorität ausgegangen.“ Karlowa I S. 104.

Jahre 451 10 Gesetzestafeln vollendet waren, hielt man es für erforderlich, noch weitere zu schaffen, und es wurde für das Jahr 450 eine neue Kommission, wieder unter Appius Claudius, aber diesmal unter Hinzunahme von 3 Plebejern gewählt. Es wurden zwei weitere Tafeln geschaffen und gerade hierbei zeigt es sich, wie überlegen sich die Patrizier noch immer fühlten, indem der Inhalt dieser neuen 2 Tafeln teilweise fast ein Hohn für die Plebejer war; z. B. wurde ihnen durch eine dieser Tafeln das connubium mit den Patriziern abgesprochen, wiewohl schon vorher Mischehen zwischen Patriziern und Plebejerinnen vorgekommen waren mit der Wirkung, daß die Abkömmlinge zu den Patriziern gehörten. Auch diese 2 Tafeln wurden zum Gesetz erhoben, da eben die Patrizier in den Zenturiat-Komitien die Majorität hatten.[1]) Weitere Tafeln waren nun nicht mehr nötig. Trotzdem wollte Appius Claudius nicht abdanken. Die Plebejer mußten erst wieder zu dem alten Mittel des Staatsstreiks[2]) greifen, um nach Schaffung der 12 Tafeln die Rückkehr zur alten Ordnung zu erzwingen. Es kam 449 v. Chr. zur zweiten secessio plebis, diesmal in montem Aventinum. Darauf traten Konsuln und Volkstribunen wieder in Funktion, und als weiteren Erfolg dieser zweiten Sezession erreichte die plebs die leges Valeriae Horatiae:

1) ne quis magistratus sine provocatione[3]) creetur;

---

[1]) Dies mag auch der Grund gewesen sein, weshalb Arsa zuerst ein Sondergesetz für die Plebejer verlangte, und weshalb die Patrizier schließlich der Niederschreibung allgemeiner Gesetze zustimmten.

[2]) Die Begründung desselben bei Karlowa S. 104 a. E. erscheint unzutreffend.

[3]) Magistratus sine provocatione waren die Dezemvirn gewesen. Die Diktatoren blieben magistratus sine provocatione, sie wurden aber nicht gewählt, sondern ernannt.

2) ut qui tribunis plebis aedilibus iudicibus decemviris[1]) nocuisset, eius caput Jovi sacrum esset;

3) ut quod tributim plebs jussisset, populum teneret, vorausgesetzt Übereinstimmung mit dem Senate. Vgl. hierzu die spätere lex Publilia Philonis, 339, und Hortensia, 287.

Die 12 Tafeln wurden in Kupfer oder Elfenbein auf dem Forum pro rostris, ut possent leges apertius percipi,[2]) aufgestellt. Im gallischen Brande von 390 v. Chr. wurden die 12 Tafeln ein Raub der Flammen. Aus der Erinnerung wurden sie aber wieder hergestellt, leges restitutae, aber auch von diesen ist uns im Original nichts erhalten.

Wie wenig die Plebejer auf zivilrechtlichem Gebiete mit der Niederschreibung der Gesetze erlangten, ist des näheren im Zivilprozeßrecht zu erörtern. Anzudeuten ist aber hier, daß die juristische Kunst der — patrizischen — Pontifices den Satz zu Wege brachte: Keine actio, kein Recht; hierdurch und durch die Geheimhaltung der Aktionen blieb das Zivilrecht auch weiter geheim und die zivile Jurisdiktionsgewalt vorerst den Patriziern erhalten.

Seit den leges Valeriae Horatiae begann der Kampf um Teilnahme der Plebejer an der ordentlichen höchsten Magistratur, am Konsulat.

Schon die lex Canuleia, 444 v. Chr., gab in Abänderung der 12 Tafeln den Plebejern das connubium mit den Patriziern, was für die Erlangung auch

---

[1]) Die iudices decemviri, ein Geschworenenkollegium für Privatstreitigkeiten, wurden nach Beendung des Ständekampfes auch für Patrizier tätig; vgl. Karlowa S. 118.

[2]) 2,4 D. 1,2, rostra = Rednerbühne, benannt nach den auf ihr aufgestellten Schnäbeln eroberter Schiffe.

staatsbürgerlicher Gleichberechtigung von Bedeutung war. Der vom Volkstribunen Canulejus weiter noch gestellte Antrag, daß einer der Konsuln Plebejer sein sollte, wurde abgelehnt. Es wurde aber eine neue Würde, die des tribunus militum consulari potestate, des Konsulartribunen geschaffen, sowohl für Patrizier wie für Plebejer. Der Konsulartribun war Heerführer mit gelegentlicher Ausübung konsularischer Befugnisse. Zur Entlastung der Konsuln wurde zur selben Zeit ein Teil ihrer Geschäfte, besonders die mit dem Zensus zusammenhängenden, auf einen neuen, bis 351 v. Chr. ausschließlich patrizischen Magistrat, den Zensor übertragen.

Trotz dieser äußeren Erfolge gerieten die Plebejer, die in ihrer großen Mehrzahl im Vergleich mit den Patriziern die armen Schichten der Bevölkerung ausmachten, infolge der Kriege Roms — hauptsächlich durch den 10jährigen Krieg gegen das etruskische Veji, 406—396,[1]) vor allem durch den Einfall der Gallier mit der Verbrennung Roms unter Brennus im Jahre 390 in Not und Verschuldung und dem folgende politische Abhängigkeit zu ihren Gläubigern, den reichen Patriziern.

Die Volkstribunen C. Licinius Stolo und L. Sextius Lateranus setzten daher 367 v. Chr. nach langen Kämpfen folgende Rogationen als Gesetze, leges Liciniae Sextiae, durch:

1) Ut deducto eo de capite (Kapital), quod usuris pernumeratum esset, id quod superesset, triennio aequis portionibus persolveretur (ein allgemeines Moratorium mit teilweisem Schulderlaß).

---

[1]) So Karlowa I S. 125. Nach Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte S. 72, freilich brachte die Eroberung Vejis des Goldes die Hülle und Fülle nach Rom, so daß in diesen Zeiten von Schuldendruck und Zinswucher keine Rede war.

2) Ne quis plus quingenta jugera agri publici possideret.

3) Ne tribunorum militum comitia fierent (Konsulartribunen sollten nicht mehr gewählt werden), consulumque utique alter ex plebe crearetur.

So hatten die Plebejer den Zutritt zum Konsulat errungen. Erster plebejischer Konsul wurde Sextius Lateranus im Jahre 366 v. Chr. Alle Errungenschaften der Plebejer gingen aber nur mit Einschränkungen vor sich. So hatten es die Patrizier jetzt wieder durchgesetzt, daß die Jurisdiktion fortab nicht mehr den Konsuln, sondern an ihrer Stelle einem Prätor, der bis auf weiteres nur aus den Patriziern gewählt wurde, zustehen sollte. So hoch schätzten sie die Wahrung der Jurisdiktionsgewalt. Außerdem wurden neben die bisherigen aediles plebis neue aediles curules (patrizische) gestellt.

Alles dies waren aber nur kleine Mittel, mit denen die Patrizier dem Vordringen der Plebejer zu begegnen suchten. Sie mußten trotzdem Schritt für Schritt den Plebejern weiteren Boden überlassen. Im Jahre 356 wurde L. Marcius Rutilus erster plebejischer Diktator und 351 wurde er erster plebejischer Zensor.

Im Jahre 339 setzte Qu. Publilius Philo als plebejischer Diktator folgende wichtige Gesetze, leges Publiliae Philonis,[1]) durch:

1) Ut plebiscita omnes Quirites tenerent (Bestärkung der lex Valeria Horatia).

2) Ut legum, quae centuriatis comitiis ferrentur, patres (Senat) ante initum suffragium auctores

---

[1]) Nicht zu verwechseln mit der lex Publilia Voleronis vom Jahre 471.

fierent (Zustimmung erteilten). Hierdurch wurde den Antragstellern eines Gesetzes bei abweichender Ansicht des Senats Gelegenheit gegeben, den Antrag noch rechtzeitig zu modifizieren und Verschleppungen vorzubeugen.[1])

3) Ut alter utique ex plebe censor crearetur. Rutilus war zwar schon 351 Zensor gewesen. Hiermit wurde aber die Garantie geschaffen, daß wenigstens der eine Zensor immer aus den Plebejern gewählt wurde.

Im Jahre 337 gelangten die Plebejer auch zu dem hochwichtigen Amte der Prätur. Der genannte Qu. Publilius Philo wurde erster plebejischer Prätor.

Durch eine lex Ovinia vom Jahre 312 v. Chr. über die lectio senatus wurde den Plebejern der Zutritt zum Senate verschafft, durch eine lex Ogulnia vom Jahre 300 der Zutritt zu den Priesterkollegien.[2]) Schon vorher, im Jahre 304, waren das bis dahin geheim gehaltene Legisaktionen-System und der geheim gehaltene Gerichtskalender von Flavius, dem Sekretär des Zensors Appius Claudius, veröffentlicht worden.

Eine lex Hortensia vom Jahre 286 v. Chr. zwischen dem dritten und vierten Samniterkrieg, nach einer letzten secessio plebis in montem Janiculum ausgebracht, bedeutet das Ende des Ständekampfes. Sie bestimmte nochmals (vgl. lex Valeria Horatia und lex Publilia Philonis), ut plebiscita universum populum tenerent. Mit der Überwindung des patrizischen Volkselementes durch das plebejische hatte sich auch der Charakter der Volkstribunen, wie überhaupt der ple-

[1]) So mit Mommsen Karlowa S. 128.

[2]) Erster Ober-Pontifex, pontifex maximus wurde Tib. Coruncanius, der Vater der Rechtswissenschaft, im Jahre 254.

bejischen Magistrate, verändert. Sie wurden aus bloßen Verteidigern der plebs Beamte des populus, des Staates.[1])

Das Ende des Ständekampfes zwischen Patriziern und Plebejern fällt ungefähr in die Zeit, wo auch die Unterwerfung Italiens durch die Römer beendet war, und wo sie sich zum Kampfe mit den Karthagern um die Herrschaft über das Mittelländische Meer rüsteten.

Nachzutragen ist nur noch zum Ständekampf, daß den Patriziern gewisse Vorrechte ohne Bedeutung blieben. Z. B. konnte nur ein patrizischer Senator zum interrex[2]) gewählt werden oder die Würde eines rex sacrorum und flamen maior erlangen. Dagegen konnten stets nur Plebejer Tribunen werden. Eine Aufnahme von Plebejern unter die Patrizier kam z. Z. der Republik nicht mehr vor. Wohl aber ließen sich Patrizier, um Tribun werden zu können, von Plebejern gegen Ende der Republik arrogieren, es fand eine transitio ad plebem statt. Am Ende der Republik existierten überhaupt nur noch 19 patrizische gentes. In der Kaiserzeit wurden wieder Ernennungen von Patriziern sehr häufig.

B. Die Zeit von der Beendigung des Ständekampfes bis zum Ende der Republik. 286—30 v. Chr.[3])

Die errungene politische Gleichberechtigung mit den Patriziern kam nur den reichen Plebejer-Familien zu gute. Diese verschmolzen mit den Patriziern zu einem neuen

---

[1]) Vgl. Mommsen S. 52.

[2]) Unter dieser Bezeichnung verwalteten patrizische Senatoren nach Erledigung eines Amtes dasselbe bis zum Antritt des Nachfolgers.

[3]) Vgl. hierzu die schwungvollen, dabei zutreffenden Schilderungen Esmarchs, Röm. Rechtsgeschichte, 3. Aufl. S. 301 ff.

Stande, zu einem Amtsadel, ordo senatorius. Die Angehörigen dieses ordo wurden auch optimates genannt. Aus ihnen gingen die Magistrate und an erster Stelle die Senatoren hervor. Sie beherrschten den Staat, wobei das Schwergewicht dem Senat zufiel. Für einen, der dem Kreise dieser Familien nicht angehörte, war es nicht leicht als homo novus zu Einfluß in der Regierung zu gelangen. Abgesehen von ihrem politischen Einflusse hatten die Optimaten als solche auch öffentliche Ehrenrechte. Sie hatten aber auch gesellschaftliche Verpflichtungen, z. B. wurde von ihnen nicht jeder Erwerb als ihrer würdig angesehen, wohin Erwerb durch Seeschiffahrt und Beteiligung an der Pachtung der öffentlichen Einkünfte, an den societates publicanorum (vectigalia publica) gehörten. Dagegen zogen die Optimaten, die nobilitas, den ganzen ager publicus, erobertes Staatsland, an sich. Es bildete sich eine Latifundienwirtschaft[1]) mit Sklavenbetrieb, die den kleinen, freien Bauer erdrückte.

Bei der beschränkten Zugänglichkeit von Geld- und Handelsgeschäften für Angehörige der nobilitas fielen diese, insbesondere die einträgliche Pachtung von Staatseinkünften an reiche Nicht-Senatoren, wahrscheinlich zumeist an die equites censu, nicht zu verwechseln mit den Angehörigen der Ritterzenturien, die meistens Söhne von Senatoren waren.[2]) Auch diese reichen Leute mußten sich noch zusammentun, um dem Staate die Einkünfte abpachten zu können. Die daraus entstehende Interessengemeinschaft mußte schließlich auch politische Folgen haben. Die Geldaristokratie mußte ihre Rolle spielen gegenüber der Amtsaristokratie, die zugleich eine Aristokratie des Grundbesitzes war.

---

[1]) Hieran leidet bekanntlich auch das heutige Italien.

[2]) Vgl. Karlowa S. 345, 346.

Dies würdigte der jüngere der beiden Gracchen, C. Sempronius Gracchus, der weiter ging als sein älterer Bruder Tiberius Sempronius Gracchus. Beide, durch ihre Mutter Cornelia Enkel des P. Cornelius Scipio Afrikanus, des Siegers von Zama, wollten den Staat reformieren und benutzten hierzu das Volkstribunat. Sie stützten sich auf die populares, die demokratische Gegenpartei der Optimaten. Tib. Sempronius Gracchus brachte 133 als Volkstribun ein Ackergesetz (lex agraria) ähnlich wie die alte, auch wirkungslos gebliebene lex Licinia Sextia ein, das den Besitz an ager publicus[1]) beschränken sollte. Das Gesetz ging zwar durch, sein Urheber fiel aber im selben Jahre im Straßenkampfe, und nicht viel später wurde das Gesetz wieder aufgehoben. Der jüngere Gracchus suchte die Oligarchie der Optimaten auf andere Art zu brechen. Er hielt es mit der oben erwähnten Geldaristokratie und setzte 122 als Volkstribun seine lex iudiciaria durch. Nach derselben sollten nicht mehr Angehörige des ordo senatorius zu iudices bestellt werden, sondern Angehörige eines neuen ordo equester, der sich aus den reichsten Bürgern zusammensetzte, die nicht senatorischen Standes waren. Auch C. Sempronius Gracchus kam bald um und sein Werk fiel wie das seines Bruders. Der ordo equester als zweitangesehener Stand blieb aber neben dem senatorischen bestehen und erhielt auch Ehren-Auszeichnungen. Der census equester[2]) betrug 400000 Sesterzen.

Einen Stoß erhielt die Optimatenpartei und der Senat wieder durch den demokratisch gesinnten Marius,

---

[1]) Das Eigentum des Staates an seiner Domäne war unverjährbar und den Besitzern gegenüber jederzeit widerruflich, selbst wenn sie den Besitz durch onerosen Titel erlangt hatten.

[2]) Das erforderliche Vermögen für die Zugehörigkeit zum ordo equester. Der census senatorius betrug 800000 Sesterzen.

den Besieger der Teutonen (102) und Cimbern (101), den Schöpfer der Söldnerheere, die für den Bestand der Republik verhängnisvoll werden sollten.

Gegen Marius erstand aber dem Senat ein Beschützer in L. Cornelius Sulla. Der letztere hatte sich im Bundesgenossenkrieg, 91—88, der allen Italikern das erstrebte römische Bürgerrecht brachte, ausgezeichnet. Er wurde nach Besiegung des Marius und der Demokratenpartei (88—82, erster Bürgerkrieg) zum Diktator legibus scribundis et rei publicae constituendae ernannt und versuchte den Staat durch eine Reihe von Gesetzen, leges Corneliae, zu erneuern. Die Herrschaft des Senats wurde wiederhergestellt, den Senatoren wieder die Richterstellen übertragen, das Volkstribunat beschränkt.

Auch die eingreifende Gesetzgebung Sullas[1]) vermochte die politische Entwickelung zur Monarchie nicht aufzuhalten. Zunächst entstanden Militär-Diktaturen, 60 v. Chr. bildete sich das erste Triumvirat (Geheimverbindung) zwischen Pompejus, Crassus und Cäsar, 49—45 besiegte Cäsar Pompejus und den Senat, der zu letzterem hielt. Der Senat machte Cäsar zum Diktator, Consul, Volkstribunen, Imperator usw. auf Lebenszeit. Im Jahre 44 wurde Cäsar durch die republikanische Partei ermordet.

Antonius, Lepidus und Oktavian (Cäsars Adoptivsohn) verbanden sich 43 gegen die Republikaner, besiegten diese und teilten sich in die Herrschaft, bis Oktavian durch Besiegung des Lepidus und des Antonius die Alleinherrschaft an sich riß (31 Seeschlacht von Aktium, 30 Selbstmord des Antonius und der Kleopatra).

---

[1]) Von Bedeutung blieben die Aufhebung der Provokation, Schaffung von quaestiones perpetuae, Neuregelung des Strafrechts.

§ 4. Die politischen Körperschaften der Republik.

A. Die Volksversammlungen.

Die **Kuriatkomitien** der Patrizier hatten z. Z. der Republik keine Bedeutung mehr. Von manchen wird behauptet, daß ihnen die Erteilung der lex curiata de imperio an die Magistrate cum imperio verblieb.

Die servianischen **Zenturiatkomitien** waren rechtlich und von Anfang an die eigentliche, bei der Gesetzgebung mitwirkende Volksversammlung. Ihre Zusammensetzung ist bei Besprechung der Servianischen Verfassung genügend geschildert worden. Zu erwähnen ist hier nur noch, daß die Zenturiatkomitien wahrscheinlich im Jahre 220 v. Chr. eine Umgestaltung erfuhren, um das aktive Wahlrecht der Bürger von der Willkür der Magistrate unabhängiger zu stellen.[1]) Inzwischen war auch bei Vergrößerung des städtischen Gebiets die Zahl der ländlichen Tribus von 26 auf 31 erhöht worden, so daß nunmehr im ganzen 35 Tribus waren.

Die **Tributkomitien**, Sonder-Versammlungen der plebs auf dem Forum, später auch auf dem Marsfelde wie die Zenturiatkomitien, kamen als bloße concilia plebis mit Einführung der Volkstribunen auf. Sie wählten die plebejischen Magistrate und konnten unverbindlich auch über Gesamt-Staats-Angelegenheiten beraten. Das Ergebnis war sogar dem Senat mitzuteilen, dem es überlassen blieb, durch Berufung der Zenturiatkomitien ein Gesetz herbeizuführen. Die Plebs setzte es allmählich durch, daß die in ihren Sonderversammlungen, den Tributkomitien, gefaßten Beschlüsse (plebiscita) für das ganze Volk wie die Beschlüsse der Zenturiatkomitien, des Ge-

---

[1]) Mommsen S. 86.

samtvolks verbindlich sein sollten (lex Hortensia 286 v. Chr.).

Kompetenz der Komitien.[1]) Man kann Gesetz-, Gerichts- und Wahlkomitien unterscheiden. Fundamentale Umgestaltungen lagen nicht in der Zuständigkeit der Komitien. Hierfür wurden einzelne Bürger mit besonderer Machtvollkommenheit unter Schaffung eines Ausnahme-Zustandes versehen. Wir wissen dies aus geschichtlicher Zeit von den Dezemvirn und von Sulla. Auch der Übergang vom Königtum zur Republik soll sich in dieser Weise vollzogen haben.[2])

Die politische Bedeutung der Komitien sank bereits gegen Ende der Republik, indem ihnen durch Sulla die wichtige Eigenschaft einer Provokationsinstanz genommen wurde. Die Beamtenwahlen gingen seit Tiberius auf den Senat über. Am längsten behielten die Komitien eine gewisse Bedeutung auf dem Gebiete der Gesetzgebung, etwa bis Nerva (96—98 n. Chr.), wiewohl tatsächlich bereits seit Beginn der Kaiserzeit der Senat die eigentliche legislative Körperschaft vorstellte.

Geschäftsordnung der Komitien. Komitien konnten nur an bestimmten, im römischen Kalender mit C (Comitiales) bezeichneten Tagen abgehalten werden. Ausgeschlossen waren die dies nefasti, unheilige Tage, ferner die Tage der Spiele, Gerichtstage usw. Die Komitien wurden von einem magistratus cum imperio berufen, die Tributkomitien auch von den Volkstribunen. Vor Beginn der Komitien wurden Auspizien abgehalten. Waren sie günstig, dann fand die rogatio (formelle Einbringung des Gesetzentwurfs) durch den leitenden Magistrat statt. Eine Verhandlung fand bei der großen Zahl der Teil-

[1]) Mommsen S. 818 ff.

[2]) Mommsen S. 819.

nehmer aus Zweckmäßigkeitsgründen[1]) in den Komitien selber nicht statt,[2]) sondern nur vorher in formlosen Vereinigungen, contiones.[3]) Um letztere genügend zu ermöglichen, mußte zwischen Berufung und Abhaltung der Volksversammlung ein trinundinum (3 römische Wochen = 24 Tage) liegen. Die Abstimmung über die rogatio erfolgte ursprünglich mündlich und öffentlich, seit dem 2. Jahrhundert vor Christus schriftlich per tabellas (Wachstäfelchen) und geheim.

B. Der Senat.

Zusammensetzung. Die Zahl der Senatoren zur Zeit der Könige wird mit 300 gleich der Zahl der gentes angenommen. Die Konsuln hatten wie die Könige das Recht, neue Senatoren aufzunehmen, sowohl Patrizier wie Plebejer.[4]) Daher war die Anrede an den Senat: patres (et) conscripti. Durch die lex Ovinia (312 v. Chr.) wurde die (ad-) lectio senatus auf die Zensoren übertragen, was deren Einfluß sehr steigerte. In der späteren Zeit der Republik wurde dies aber bei der geschlossenen Zahl der Senatoren durch die gesetzliche Anwartschaft gewesener Magistrate auf einen Sitz im Senat

---

[1]) Zweckmäßigkeitsgründe waren die Veranlassung, nicht eine Auffassung irgend welcher grundsätzlichen Art, wie Mommsen S. 805 meint.

[2]) Anders im Senat, was sich aus der geringen Zahl der Senatoren erklärt. Deshalb war aber die Volksversammlung Roms doch kein verkümmertes Organ, wie Mommsen S. 824 sagt. Es waren ihr vielmehr die Stärke, aber auch Schwäche aller Volksversammlungen eigen.

[3]) Die natürlich von dem interessierten Magistrat veranlaßt wurden.

[4]) Plebejer gelangten nach Ihne in den Senat erst seit Aufkommen der — auch plebejischen — Konsulartribunen. Anders Mommsen und Karlowa S. 357.

ziemlich belanglos. Darnach mußten die Zensoren bei der in jedem lustrum neu aufzustellenden Senatorenliste hinter den bisherigen Senatoren die gewesenen Konsuln, Prätoren, Zensoren, kurulischen Ädilen, später auch die plebejischen Ädilen, Tribunen und Quästoren[1]) berücksichtigen. Waren dann noch Senatorenstellen frei, so konnte eine adlectio durch den Zensor stattfinden. Der census senatorius betrug 800000 Sesterzen. Die adlecti kamen nach dem Gesagten an letzter Stelle. Die gesetzliche Anwartschaft bewirkte zu Zeiten Anschwellen der Mitglieder des Senats bis gegen 1000. Augustus setzte ihre Zahl auf 600 fest.

Zuständigkeit des Senats. Die einzelnen patrizischen Senatoren als solche konnten interreges werden, die einzelnen Senatoren als iudices fungieren. Der Senat als Ganzes hatte zunächst die Bedeutung eines bei der Gesetzgebung und der Wahl der Beamten mitwirkenden Organs; die Beschlüsse der Komitien bedurften seiner Bestätigung (senatus auctoritas[2]). Nach der lex Publilia Philonis, 339 v. Chr., mußte bei Gesetzen, nach der lex Maenia, nach 287 v. Chr., bei Magistratswahlen die auctoritas vom Senat vor der Abstimmung der Komitien erteilt werden. Diese Bestimmungen waren wahrscheinlich aus Zweckmäßigkeitsgründen getroffen worden, weil es leichter war, den Senat als das ganze Volk zusammen zu berufen und bei Anständen des Senats der rogierende Magistrat bei Zeiten für Abänderung seines Antrags sorgen konnte. Die Einwilligung des Senats war erforderlich zur Kriegserklärung und zum Abschluß eines Bündnisses. Er disponierte über die Staatskasse

---

[1]) Mommsen S. 810.

[2]) Der Vergleich dieser auctoritas mit der auctoritas tutoris, den Mommsen S. 825 macht, erscheint nichtssagend, wie überhaupt Mommsen S. 825 ff. der Bedeutung des Senats nicht voll gerecht wird; vgl. dagegen Karlowa S. 878 ff.

und den ager publicus. Sein natürliches Übergewicht erhielt er durch das Ansehen seiner Mitglieder und durch seine Eigenschaft als dauernde Institution gegenüber den jährlich wechselnden Magistraten. Der Senat verlieh dem Auftreten Roms nach außen die unerschütterliche Festigkeit, Zähigkeit und Konsequenz, die, im Glück und Unglück gleich, die ursprünglich kleine Gemeinde auf den Höhepunkt ihrer Macht brachte.[1]) Der Senat repräsentierte nach außen den römischen Staat. Seine Bedeutung gibt sich kund in der Zusammensetzung: senatus populusque Romanus, die den römischen Staat vorstellte. In der späteren Zeit der Republik wurde er statt des populus der eigentliche Träger der Souveränität. Der Senat hatte die hohe Bedeutung, die er später besaß, nicht von Anfang der Republik an. Er war vielmehr an und für sich nur ein consilium publicum,[2]) beratendes Organ der Konsuln, der Nachfolger der Könige. Er wurde durch die Konsuln berufen, was auch formell für die spätere Zeit blieb, und den Konsuln stand es bis zur lex Ovinia zu, in den gegebenen Grenzen Senatoren zu ernennen. Der Senat hatte rechtlich keine Gewalt über die Konsuln, wenn es ihm auch nicht an Mitteln fehlte, seinen Willen auch ihnen gegenüber durchzusetzen.[3])

Geschäftsordnung des Senats. Der Senat konnte durch einen Konsul, Prätor, später auch durch einen Volkstribunen berufen werden. Die Senatssitzungen fanden bei offenen Türen, aber ohne Zulassung von Publikum statt. Die praetextati (Senatorensöhne, welche

---

[1]) Karlowa S. 874.

[2]) Karlowa S. 878 hebt noch hervor, daß er kein imperium und keine potestas hatte. Hiervon kann man aber beim Senat als einer Körperschaft wohl überhaupt nicht sprechen.

[3]) Z. B. mit Hilfe des anderen Konsuln bezw. eines Volkstribunen. Trefflich wieder Ihering II S. 288 f.

bereits die toga praetexta trugen)[1]), durften zu ihrer Ausbildung zuhören. Die Volkstribunen durften ursprünglich nur auf besondere Einladung im Senate erscheinen, später ständig an der Tür sitzend zuhören, um gegebenenfalls einen Senatsbeschluß durch Interzession zu verhindern, bis sie schließlich das Recht erlangten, im Senat zu sprechen, Rogationen zu stellen, ja — wie erwähnt — den Senat zu berufen.

Die Senatssitzungen begannen mit dem Berichte eines zum jus referendi im Senat zugelassenen Magistrats, worauf Verhandlung und Abstimmung erfolgte.

Die Beschlüsse, seit Cäsar auch die Verhandlungen des Senats wurden protokolliert.[2])

§ 5. Die Staatsämter der Republik.[3])

A. Allgemeines

Das Wort magistratus bedeutete Staatsamt und Staatsbeamter. Munus publicum bedeutete die Verpflichtung zur Übernahme gewisser öffentlicher Leistungen, z. B. des Amtes eines Vormundes, ursprünglich besonders des Kriegsdienstes.

Die höchste Amtsgewalt lag bei dem Inhaber des imperium, wie es ähnlich die Könige hatten. Diese Amtsgewalt war von vornherein eine umfassende, nur verfassungsmäßig beschränkte. Dagegen war potestas die von vorn herein in bestimmten Grenzen umschriebene Amtsgewalt eines minderen Beamten. Magistrate cum

---

[1]) Gewöhnlich mit 14 Jahren.

[2]) Protokoll von πρῶτος und κολλάω (leimen), ursprünglich die vom Notar zu Anfang des Notariatsaktes aufgeklebte Stempelmarke.

[3]) Vgl. hierzu Mommsen S. 81 ff. Karlowa S. 128 ff.



imperio waren anfangs nur die Konsuln (und Diktatoren), später auch die Prätoren.

Im Begriffe des Imperium lag a) das imperium militare, der militärische Oberbefehl, b) die potestas gladii = Strafgerichtsbarkeit, c) die iurisdictio = Zivilgerichtsbarkeit. Seit der Übertragung der iurisdictio an einen besonderen Magistrat cum imperio, den Prätor, bildeten sich die Begriffe imperium merum (gedacht ohne iurisdictio) und imperium mixtum (sc. cum iurisdictione).

Die römischen Staatsämter waren unbesoldete, ehrenamtliche, nur von kurzer Dauer, in der Regel einjährig. Dieser Charakter des römischen Staatsamtes führte, um dies beiläufig zu erwähnen, zum Bestreben, die magistratischen Geschäfte möglichst zu vereinfachen: dem Staate angefallene Vermögen wurden im ganzen verkauft, die Steuern wurden verpachtet, die Unterhaltung der öffentlichen Gebäude Privaten gegen Pauschsummen überlassen.

Man unterschied magistratus maiores (Konsuln, Prätoren, Zensoren), die in den comitia iusta, den ordentlichen Zenturiatkomitien, gewählt wurden, und magistratus minores (Quästoren, Ädilen, Tribunen, vigintisexviri, decemviri litibus judicandis), die in den comitia leviora, den Tributkomitien, gewählt wurden. Die magistratus majores konnten während ihres Amtsjahres als Respektspersonen nicht in ius voziert werden. Von außerordentlichen Beamten gehörten zu ihnen die Diktatoren und interreges.

Unter kurulischen Magistraten verstand man diejenigen, die bei Ausübung ihres Amtes auf einer sella curulis (Elfenbeinsessel) zu sitzen berechtigt waren. Hierzu gehörten außer den magistratus maiores auch die kurulischen Ädilen.

Außerordentliche Beamte in einem besonderen Sinne waren die Dezemvirn und die Triumvirn des 2. Triumvirats (Antonius, Lepidus, Oktavian), sowie Pompejus als Oberfeldherr gewesen.

Die Wählbarkeit setzte voraus männliches Geschlecht, Vollbürgerrecht, Ableistung der Dienstpflicht bei Militärtauglichkeit. Freigelassene, Frauen und Infame waren nicht wählbar. Ein bestimmtes Alter ist wahrscheinlich erst durch Sulla infolge Beseitigung der militärischen Qualifikation vorgeschrieben worden und zwar für den Quästor 37 Jahre, für den Prätor folgeweise 40 und für den Konsul 43 Jahre als Mindestalter. Diese Ämterfolge war bereits durch eine lex Villia (180 v. Chr.) festgesetzt worden. Augustus setzte die Altersgrenzen herab, so daß man schon mit 33 Jahren Konsul werden konnte.

Wie Gesetzentwürfe ein trinundinum lang vor der Volksabstimmung öffentlicht ausgestellt sein mußten, so mußte eine Kandidatur[1]) auch ein trinundinum vor dem Wahltage bekannt gegeben sein. Unter dem Senatsregiment der späteren Zeit der Republik waren die Ämter troz der komitialen Wahlform in den großen Familien faktisch erblich geworden. Der Quästor, ja einigermaßen auch der Prätor und der Konsul wurden mehr geboren als gewählt.[2])

Sofortige Wiederwahl (continuatio magistratus) war nur bei den Tribunen zulässig, außerdem bei außerstädtischen Imperien in der späteren Zeit in der Form der Prorogation. Im übrigen mußte eine Zeit vergehen, ehe Wiederbewerbung um dasselbe Amt (iteratio magistratus) stattfinden konnte. Bei Vakanz (interregnum)

---

[1]) Kandidat von der weißen Toga, die er zu tragen pflegte.

[2]) Mommsen S. 115.

eines Imperial-Magistrats, besonders der Konsuln, fungierten die patrizischen Senatoren als interreges.

Gemeinsame Befugnisse der Magistrate waren das ius intercedendi paris maiorisve magistratus, insbesondere der Volkstribunen gegenüber allen Magistraten wie auch gegenüber dem Senate, und das ius coercitionis, eine Zwangs- und Strafgewalt, die sich gegen die Person eines unbotmäßigen Bürgers (ius prensionis) oder gegen sein Vermögen (pignoris capio, multae dictio) richten konnte. Hiergegen war Provokation an die Volksversammlung gegeben, wovon aber Frauen ausgeschlossen waren.[1]) Den Magistraten standen zur Betätigung ihres jus coercitionis besoldete Unterbeamte (apparitores), den Imperial-Magistraten Liktoren zur Verfügung. Der Diktator hatte 24, jeder Konsul 12, jeder Prätor 2 Liktoren, welche Rutenbündel mit Beilen darin (fasces und secures) führten. Innerhalb Roms durften aber nur die Liktoren des Diktators die Beile führen, weil es gegen ihn keine Provokation gab.

Ende eines Amtes. Der Magistrat konnte abdanken (abdicatio), er konnte aber nicht abgesetzt werden (abrogatio). Wollte sich z. B. der Senat eines unbequemen Konsuls entledigen, so konnte er dies nur auf dem Wege, daß er den anderen Konsul veranlaßte, einen Diktator zu ernennen, oder indem er sich des weitreichenden Interzessionsrechts eines willfährigen Volkstribunen bediente. Erst nach Ablauf des Amtsjahrs konnte ein Magistrat zur Verantwortung gezogen werden und zwar vor dem gewöhnlichen Strafgerichte.

B. Die einzelnen Magistrate.

1. Die Konsuln, ursprünglich auch praetores und iudices genannt, ein Hinweis auf den anfänglichen

[1]) Wie überhaupt von allen Rechtsakten, die Teilnahme an

Umfang ihrer Tätigkeit, hatten — abgesehen vom sakralen Regiment — königliches imperium.[1]) Es gab ihrer stets zwei. Ihre Amtsdauer war 1 Jahr. Doch konnte unter Umständen Prorogation stattfinden. Sie wurde seit Sulla in der Weise zur Regel, daß der Konsul während des Amtsjahres in Rom die Geschäfte führte und im folgenden Jahre als Prokonsul nach einer Provinz ging. Seit Augustus war auch hier ein Intervall vorgeschrieben.

Die Konsuln hatten das Recht, den Senat und das Volk zu berufen und mit ihnen zu verhandeln (ius referendi und ius cum populo agendi). Im Notfalle konnten sie einen Diktator ernennen. Seit dem 2. Jahrhundert erhielten sie aber bei solchem Anlaß selber das summum imperium des Diktators durch ein senatus consultum ultimum: videant consules ne quid res publica detrimenti capiat.

Mit der Zeit wurde der Konsul als oberster Feldherr von gewissen Geschäften entlastet, die auf Gehilfen oder mindere Kollegen übergingen. Der Kapitalprozeß und die Kassenverwaltung ging an die Quästoren über, die Schatzung an die Zensoren, die Jurisdiktion an den Prätor.

2. Der Diktator. In Notfällen durfte jeder Konsul und für die Zeit ihres Bestehens auch die Konsulartribunen einen Diktator, magister populi, zu bestimmtem Zwecke ernennen. Länger als 6 Monate durfte der Diktator nicht tätig sein. Er hatte sich einen magister equitum zu bestellen. Gegen den Diktator war Provokation und Interzession ausgeschlossen. Man ernannte den Diktator besonders im Interesse einheitlicher Kriegführung. Um die Zeit des hannibalischen Krieges[2]) be-

einer Volksversammlung erforderten, z. B. testamentum calatis comitiis, Arrogation.

[1]) Eingeschränkt durch Provokation und Interzession.

[2]) Mommsen S. 162.

anspruchten die Komitien für sich das Recht den Diktator zu erwählen. Damit hörte die Diktatur auf zu bestehen, indem der Senat fernerhin durch sein Senatusconsultum ultimum[1]) dasselbe erreichte.

3. Die Prätoren. Als die Plebejer durch die Licinischen Gesetze (367 v. Chr.) zum Konsulat gelangten, wurde die Jurisdiktion in Rom einem minor collega consulum, einem praetor, der aber auch imperium hatte, übertragen. Seitdem fiel die Nebenbezeichnung Prätoren für die Konsuln. Zu Prätoren wurden ursprünglich nur Patrizier gewählt. Seit 337 wurden auch Plebejer Prätoren.

Für die Peregrinenprozesse wurde 242 v. Chr. ein zweiter Prätor bestellt. Dieser hieß praetor peregrinus, jener fortan praetor urbanus. Mit der Zeit wurden weitere Prätoren teils für die verschiedenen Provinzen, teils für spezielle Zwecke erwählt. Unter Cäsar wurden bis zu 16 Prätoren, in der Kaiserzeit bis zu 18 gewählt.

Bei Abwesenheit der Konsuln führte der praetor urbanus den Vorsitz im Senat und führte alle konsularischen Geschäfte. Er war also eine Art Vize-Konsul.

4. Die Volkstribunen. Sie wurden 494 v. Chr. nach der ersten secessio plebis geschaffen und waren die Vorkämpfer der plebs um politische Gleichberechtigung mit den Patriziern. Ihre Hauptwaffe war das ius auxilii und intercedendi gegen alle Magistrate, außer den Diktator. Mit fortschreitender Erreichung dieses Ziels wurden sie mehr und mehr Beamte des populus, des gesamten Volks. Die Idee des jüngeren Gracchus war es, gegen die allgewaltige Optimatenpartei dem Volkstribunat die Oberherrschaft in Rom zuzuführen. Die Volkstribunen waren sakrosankt. Nur Plebejer konnten dieses Amt erlangen, weshalb gegen Ende der Republik sogar eine transitio ad plebem von Patriziern stattfand.

---

[1]) Vgl. vorige Seite.

Über die Stellung der Tribunen zum Senat ist bereits an früherer Stelle gesprochen worden.

Die Zahl der Tribunen betrug schon zur Zeit der 12 Tafeln zehn. Die Wahl erfolgte in den Tributkomitien, welche von den Tribunen berufen und geleitet wurden.

Von Bedeutung war der Einfluß, den die Tribunen nach Erfüllung ihres ursprünglichen Zwecks, auf dem Gebiete der Kriminaljurisdiktion erlangten. Derselbe ging so weit, daß die Konsuln „für die Handhabung der den Zenturien vorbehaltenen Kapitaljurisdiktion[1]) dem für deren Berufung von Amtswegen nicht kompetenten Volkstribunen auf dessen Verlangen das erforderliche Mandat" zur Berufung erteilen mußten.[2]) Sulla beschränkte die tribunizische Kriminaljurisdiktion durch Schaffung von quaestiones perpetuae, ständigen Schwurgerichtshöfen unter Vorsitz der Prätoren.

5. Die Zensoren. Die Zensur ist wie die Prätur als patrizische Institution ins Leben getreten 443 v. Chr. Der erste plebejische Zensor war 351 Qu. Publilius Philo. Den 2 Zensoren lag ursprünglich die Aufstellung der Zensuslisten und wohl in Verbindung damit eine Sittenkontrolle ob, mit dem Rechte der Versetzung eines Bürgers aus einem ordo in den anderen. Seit 312 hatten sie auch lectio senatus. Ihr Ansehen wuchs mit der Zeit so, daß fast nur gewesene Konsuln Zensoren wurden. Seit Sulla hatten sie infolge Veränderung der staatlichen Grundlagen, insbesondere Ersetzung des Volksheers durch Söldnerheere und Wegfall des tributus (der außerordentlichen Kriegssteuer) fast gar keine Bedeutung mehr.

6. Die Ädilen. Im Jahre 494 v. Chr. wurden gleichzeitig mit den Volkstribunen 2 aediles plebis als

---

1) Karlowa S. 226.
2) Mommsen S. 146.

deren Gehilfen geschaffen. Zu diesen traten 367, als die Plebejer das Konsulat erlangten, 2 aediles curules (patrizische). Letztere hatten vor jenen das Ehrenrecht der sella curulis und eine gewisse iurisdictio, nämlich in Marktsachen, voraus.[1])

Den Ädilen lag die städtische Polizei, die Sorge für Getreidezufuhr und die Spiele (Panem et Circenses!) ob.

7. Die Quästoren. In der Königszeit hatten sie ausschließlich die Verfolgung von Mord, quaestores parricidii. Zur Zeit der Republik erhielten sie auch die Verwaltung des Staatsschatzes. Neben dem Feldherrn und Statthalter fungierten sie als oberste Offiziere bezw. Beamte. Die Quästur war die unterste Staffel in der Laufbahn der politischen Beamten.

§ 6. Das Staatsgebiet zur Zeit der Republik.[2])

A. Italien.

Rom gehörte von altersher dem latinischen Bunde als einem foedus aequum an. Als Rom die Oberherrschaft zu gewinnen und der Bund zu einem foedus iniquum zu werden begann, benutzten die Latiner den Krieg Roms mit den Samnitern, um sich von dieser tatsächlichen Abhängigkeit frei zu machen (340—38), wurden aber besiegt. Wo Rom mit anderen Staaten in ein foedus trat, war dies zunächst aequum, mit der stets wachsenden Macht Roms wurde es aber von selber zu einem iniquum foedus. Im foedus aequum lag wesentlich das commercium und ein Defensivbündnis. Im foedus iniquum lag darüber hinausgehend die Pflicht der Bundesgenossen, sich an den Offensivkriegen Roms zu beteiligen.[3])

---

[1]) Von ihnen stammen die ädilizischen Klagen actio redhibitoria und actio quanti minoris.

[2]) Vgl. Karlowa §§ 45—48. [3]) Karlowa S. 289.

Nach der Unterwerfung Italiens, um 250 v. Chr., stellte das unter Roms Herrschaft vereinigte Italien ein Aggregat von mehr als hundert verschiedenen Bündnissen dar, die weiter nichts miteinander gemein hatten, als daß der eine kontrahierende Teil überall Rom war.

Noch weniger selbständig als diese Föderierten waren die municipia, Gemeinwesen, die das commercium mit Rom und in der inneren Verwaltung eine gewisse, kontrollierte Selbständigkeit unter eigenen Beamten hatten. Sie gehörten dem römischen Staatsverbande an.

Völlig besiegte Staaten verloren ihr Gebiet an Rom, es wurde römischer ager publicus. Die Besiegten behielten, wenn sie sich noch rechtzeitig ergaben, Freiheit und Leben und wurden peregrini dediticii, im anderen Falle wurden sie Sklaven.

Zur Sicherung ihrer Herrschaft in eroberten Gebieten und zur Belohnung ihrer Veteranen, besonders als stehende Söldnerheere aufkamen (seit Marius), bestand bei den Römern das System, Kolonien auszuführen. Die Ausziehenden hießen exercitus. Ursprünglich geschah die Kolonisation mit Stadtrömern. Diese behielten volles Bürgerrecht (coloniae Romanae). Später, etwa seit der Mitte des 3. Jahrhunderts und für außerhalb Italiens, wurden hierzu fast nur Latiner genommen (coloniae Latinae); diese hatten nur ius Latii, d. h. commercium, nicht auch connubium mit den Römern.

Nach Beendung des Bundesgenossenkrieges (91—88 v. Chr.) durch Sulla erhielten alle Italiker volles römisches Bürgerrecht.

Durch die lex Julia municipalis Cäsars vom Jahre 45 v. Chr., von welcher ein Teil in der Tabula Heracleensis erhalten ist, erhielten die italischen Städte eine gemeinsame, auf Selbstverwaltung gegründete Städte-

Ordnung. An der Spitze der Stadtverwaltung standen duoviri iuridicundo, ihnen zur Seite Ädilen für die Polizei. In der curia erhielten die Städte eine ähnliche Korporation, wie sie die Stadt Rom im Senate hatte. Die Mitglieder einer curia hießen Dekurionen, die Bürger municipes, andere Einwohner incolae.

B. Die Provinzen. Die erste römische Provinz war Sizilien, 241 v. Chr. An der Spitze der Provinzen standen Statthalter, die durch eine lex data, die Verhältnisse der Provinzialverwaltung regelten. Dem Statthalter zur Seite standen die Legaten (Senatoren, Vertrauensmänner des Senats) und die Quästoren, letztere besonders für die Finanzverwaltung. Die Statthalter hatten volles imperium ohne jede Einschränkung (ohne Provokation und Interzession, mit Jurisdiktion). Durch die lex Cornelia de provinciis ordinandis Sullas vom Jahre 81 v. Chr. wurde bestimmt, daß alle Konsuln und Prätoren in dem auf ihr Amtsjahr folgenden Jahre unter prorogatio imperii die Verwaltung einer Provinz übernehmen müßten. Die gewesenen Konsuln erhielten als Prokonsuln die gefährlicheren, mit 2 Legionen belegten prokonsularischen Provinzen, die gewesenen Prätoren erhielten als Proprätoren die ruhigeren, nur mit einer Legion belegten proprätorischen Provinzen.

Die Provinzen wurden von den Statthaltern trotz der Legaten arg ausgesogen, worauf die mehrfachen Repetunden-Gesetze (wegen Erpressung) zurückzuführen sind.

Die Provinzialen behielten ihr angestammtes Recht, waren peregrini, konnten aber volles römisches Bürgerrecht oder wenigstens das ius Latii erlangen.

3. Periode.

Von Augustus bis zum Tode Diokletians. 30 v. Chr. bis 305 n. Chr.[1])

§ 7. Der Prinzipat.[2])

Nach der Ermordung Cäsars hatte Oktavian neben Lepidus und Antonius als triumvir rei publicae constituendae eine schrankenlose, über der Verfassung stehende Gewalt gehabt.

Mit Beseitigung seiner beiden Rivalen war er alleiniger Herr des römischen Reichs geworden. Das Schicksal seines Adoptivvaters Cäsar lehrte ihn aber vorsichtig zu Werke zu gehen. Als er daher 27 v. Chr. sein außerordentliches Amt als Triumvir niederlegte, nahm er nicht den Titel eines Königs an, der er tatsächlich war und sein wollte, sondern den unauffälligen eines princeps[3]) (sc. senatus). Als Oberfeldherr führte er den Titel imperator,[4]) vom Senat erhielt er den Titel Augustus, der Erhabene, aus Pietät fügte er seinem Namen den seines Oheims und Adoptiv-Vaters Julius Cäsar bei.

---

[1]) Kaiserliste: C. Julius Cäsar Oktavianus 30 v. bis 14 n. Chr. Tiberius 14—37. Caligula 37—41. Claudius 41—54. Nero 54—68. Galba, Otho, Vitellius 68—69. Vespasian 69—79. Titus 79—81. Domitian 81—96. Nerva 96—98. Trajan 98—117. Hadrian 117—138. Antoninus Pius (Divus Pius) 138—161. Marc Aurel 161—180. Commodus 180—192. Septimius Severus 193—211. Caracalla (in den Quellen Divus Antoninus) 211—217. Severus Alexander (in den Quellen Alexander) 222—235. Diokletian 284—305.

[2]) Karlowa S. 491 ff.

[3]) Zunächst war es Oktavian nur für 10 Jahre.

[4]) Wie er früher dem siegreichen Feldherrn vom Heere oder Senate zuteil wurde.

In dem Bestreben, die Neu-Ordnung der Dinge möglichst zu verdecken, ließ sich Oktavian die potestas proconsularis et imperatoria, das Amt eines Volkstribunen, Zensors und eines pontifex maximus übertragen. Er vereinigte also in sich die höchsten militärischen, bürgerlichen und geistlichen Würden.

Die Machtvollkommenheit, wie sie sich in der Person Oktavians auf Grund einzelner Akte vereinigte, ging auf seine Nachfolger auf einmal über durch eine lex de imperio der Zenturiatkomitien und des Senats, später des Senats allein. Zu dieser Machtvollkommenheit gehörte: das militärische imperium im ganzen Reiche, alleinige Entscheidung über Krieg und Frieden, Verfügung über ager publicus, Erteilung des jus Latii und des vollen Bürgerrechts, schon vermöge der tribunizischen Gewalt das Recht Komitien und Senat zu berufen mit dem jus referendi (Anträge zu stellen) und ius relationis (schriftlich und durch Vertreter mit dem Senat zu verkehren),[1] Verwaltung der sogen. provinciae Caesaris, die höchste Zivil- und Kriminalgerichtsbarkeit, das Recht der Münzprägung für Silber- und Goldmünzen[2]) mit seinem Bildnis.

Der Prinzeps konnte keine Gesetze erlassen, seine Entscheidungen in Zivil- und Strafsachen hatten aber legis vicem. Der Prinzeps war den Gesetzen unterworfen, soweit er nicht von Senat oder Volk Dispensation erlangte.

Der Prinzipat war nicht vererblich, der Prinzeps wurde vielmehr vom Senat gewählt, wie er u. U., allerdings sehr selten und falls ihm die Macht zu Gebote stand, nicht mehr als eine Formalität in seiner Hand, den princeps absetzte. Auch die Wahl war von Anfang an

[1]) Karlowa S. 497.

[2]) Für Kupfermünzen behielt der Senat die Münzprägung.

nicht mehr als eine Formalität, da die Kaiser einen maßgebenden Einfluß auf die Bestimmung ihres Nachfolgers ausübten. In der Regel nahmen sie einen Nachkommen oder Adoptivsohn als Mitregenten an, um diesem die Thronfolge zu sichern. Seit Hadrian designierten sie den von ihnen gewünschten Thronfolger durch die Beilegung des Namens Cäsar, den bisher die Kaiser führten. Von Bedeutung bei der Thronfolge war auch bei dem großen Privatvermögen (patrimonium) des Kaisers die privatrechtliche Erbfolge. So galt bei mehreren Deszendenten der Universalerbe als auch für die Nachfolge in der Regierung präsentiert.[1])

Als lebenslänglicher Tribun war der princeps sakrosankt. Erst nach seinem Tode konnte bei schlechter Regierung der Senat ein Verdikt über ihn aussprechen. Die schärfste Form hierfür war die damnatio memoriae (z. B. bei Caligula), die mildere die rescissio actorum (Ungültigkeitserklärung gewisser Regierungsakte). Dagegen wurden gute Kaiser durch consecratio unter die Divi (Kaisergötter) versetzt.

§ 8. Komitien und Senat.

A. Die Komitien.

Mit Niederlegung des Triumvirats durch Oktavian 27 v. Chr. wurden die Komitien formell wiederhergestellt, verloren aber bald ihre Bedeutung. Augustus entzog ihnen die Kriminaljurisdiktion erneut (wie Sulla) und übertrug sie auf die quaestiones perpetuae; bezüglich senatorischer Personen ging sie auf den Senat über. Seit Tiberius ging die Wahl der Magistrate ebenfalls auf den Senat über. Am längsten behielten die Komitien

---

[1]) Mommsen S. 195.

noch die Gesetzgebung, aber auch diese ging schon im ersten Jahrhundert ganz auf den Senat über, später auf die Kaiser.

B. Der Senat.

Als völkerrechtliches Organ verlor er seine alte Bedeutung. Der Prinzeps trat an seine Stelle. Im übrigen ließ dieser es sich angelegen sein, den Senat[1]) für den Verlust seiner alten Stellung zu entschädigen. Dem Senat stand die Kaiserwahl zu, er erhielt eigene Kriminaljurisdiktion über seine Mitglieder, er erhielt die freilich bedeutungslose Wahl der Magistrate,[2]) er erhielt die Gesetzgebung. Er erhielt auch die Leitung einer Anzahl von Provinzen. Oktavian teilte 27 v. Chr. die damals 22 römischen Provinzen derart, daß der Senat 10 Provinzen und zwar beruhigte (pacatae) erhielt, während er 12, in denen noch eine größere Truppenmacht gehalten werden mußte, sowie die später erworbenen für sich in Anspruch nahm (provinciae Caesaris — provinciae Senatus et populi).

Die Einkünfte der Senatsprovinzen flossen in das unter der Verwaltung des Senats stehende aerarium Saturni, die Einkünfte der kaiserlichen Provinzen in eine kaiserliche Kasse, fiscus = Korb.[3])

Nachdem im Laufe des 3. Jahrhunderts alle Provinzen zu kaiserlichen geworden waren, flossen die Einkünfte aller Provinzen dem Fiskus zu, während das Aerarium zur Stadtkasse Roms wurde.[4])

---

[1]) Die lectio senatus stand dem Kaiser als Censor zu.

[2]) Nur der republikanischen und soweit sie noch vorhanden waren. Die Wahl der Konsuln behielt sich der princeps vor.

[3]) Vom fiskalischen Vermögen in der Hand des Kaisers ist das patrimonium, Privatvermögen, zu unterscheiden.

[4]) Vgl. Karlowa S. 505.

§ 9. Die Beamten der ersten Kaiserzeit.

A. Die republikanischen Magistrate.

Die republikanischen Magistrate, die seit Tiberius mit Ausnahme der Konsuln vom Senat gewählt wurden, hatten nur noch geringe Bedeutung.

Bei den Konsuln, die vom princeps ernannt wurden, zeigte sich dies schon in der Beschränkung ihrer Amtsdauer auf 2 Monate. Manchmal wurde auch vergessen, Konsuln zu ernennen oder gelegentlich ernannte sich der princeps zum Mitkonsul. Seit Justinians Tod gab es nur noch den Kaiser als Konsul. Die ersten zwei Konsuln des Jahres hießen ordinarii, die folgenden suffecti. Die Konsuln hatten den Vorsitz im Senat, bis dieser auf den praefectus urbi überging, und eine beschränkte Jurisdiktion.

Von größerer Bedeutung blieben die Prätoren. Sie wurden aber zu Richtern unterer Instanz, gegen deren Entscheidung die Berufung an den kaiserlichen Stadtpräfekten gegeben war. Am längsten erhielten sie sich als Spezial-Prätoren, z. B. der praetor tutelaris für das Vormundschaftswesen und der Prätor für die freiwillige Gerichtsbarkeit (iurisdictio voluntaria).

Das Amt der Zensoren ging ganz im Prinzipat auf. Domitian übernahm die Zensur auf Lebensdauer. Von da ab wurde sie ständiger Bestandteil der kaiserlichen Gewalt.

Die Ämter der Tribunen und Ädilen, wie alle übrigen Magistrate wurden bedeutungslos.

B. Die kaiserlichen Beamten.

Je mehr die Macht des Prinzeps sich befestigte, um so mehr wurden die alten republikanischen, unbesoldeten Magistrate von den besoldeten kaiserlichen Beamten, magistratus extraordinarii, in den Hintergrund ge-

drängt und umgekehrt. Während die vom Senate gewählten Magistrate dem ordo senatorius angehörten, nahm der princeps seine Beamten in der ersten Zeit aus dem ordo equester oder aus dem Stande der Freigelassenen.

Von kaiserlichen höchsten Beamten sind folgende zu nennen.

1. Die praefecti praetorio, in der Regel 2, gingen bis Alexander Severus nur aus dem Ritterstande, seitdem auch aus dem Senatorenstande hervor.

Sie waren die Befehlshaber der Prätorianer, des kaiserlichen Gardekorps, unter dem princeps, das 9, später 10 Kohorten, also 9000 bezw. 10000 Mann stark war. Bei der ganz auf der Militärmacht ruhenden Stellung der Kaiser gelangten diese Befehlshaber mit der Zeit auch zur Teilnahme an der Regierung. Der Offizier trat im praefectus praetorio mehr zurück, der Rechtsgelehrte mehr hervor. Er entwickelte sich zu einem Ministerpräsidenten und Stellvertreter des Kaisers. Der praefectus praetorio wurde in bestimmten Grenzen zu einer höchsten Instanz in Zivil- und Strafsachen an Stelle des Kaisers (vice sacra) und konnte seit Alexander Severus gesetzesgleiche Verordnungen erlassen. Unter den Severen bekleideten dieses Amt die angesehensten der römischen Juristen: Papinian, Ulpian, Paulus.

2. Der praefectus urbi, Polizeipräsident der Stadt Rom, gelangte besonders unter Tiberius bei dessen langen Abwesenheiten von Rom zu dauernder Bedeutung. Im Gegensatz zu den anderen kaiserlichen Beamten wurde er nur aus dem Senatorenstande genommen. Er wurde daher zu den Magistraten gerechnet.

Dem Stadtpräfekten stand zu die Strafgerichtsbarkeit in urbe Roma et intra centesimum miliarium in Konkurrenz mit den quaestiones perpetuae, nach deren

Aufhebung unter Septimius Severus (205 n. Chr.) allein; an ihn ging kraft kaiserlicher Delegation die Appellation gegen die Zivilurteile der städtischen Richter, insbesondere der Prätoren.

Unter dem Stadtpräfekten standen der praefectus annonae, der die Getreideversorgung Roms an Stelle der Ädilen übernommen hatte, und der praefectus vigilum für Löschwesen und Sicherheitspolizei.

C. Das consistorium principis (consilium, auditorium), der Staatsrat, bestand aus Vertrauten des Kaisers und aus besoldeten rechtsgelehrten Beisitzern. Es hatte den Kaiser bei der Gesetzgebung und Rechtsprechung zu beraten. Den Vorsitz führte in späterer Zeit der praefectus praetorio.

§ 10. Das Staatsgebiet.

A. Italien.

Gemäß der sich im Prinzipat geltend machenden Zentralisation der Verwaltung erlitt auch die den italischen Städten durch die lex Julia municipalis gegebene Selbstverwaltung Einschränkungen.

Schon durch Augustus wurde ganz Italien in 12 regiones geteilt, von denen Rom eine bildete, jede mit einem procurator an der Spitze.

Hadrian teilte die Halbinsel in vier große Gerichtssprengel, mit consulares an der Spitze, seit Marc Aurel juridici genannt. Diesen stand die höhere Ziviljurisdiktion und die Kriminaljustiz zu. Die Munizipalbehörden behielten nur die niedere Zivilgerichtsbarkeit und die innere Verwaltung, insbesondere Polizei und Finanzen. Seit Trajan wurden sie auch hierin einer Kontrolle durch staatliche Beamte, correctores, unterworfen. Gegen Ende des 3. Jahrhunderts erhielt Italien Verwaltungsbezirke

wie die Provinzen, mit Statthaltern, correctores, an der Spitze.

Italien hatte schließlich vor anderen römischen Staatsgebieten nur das voraus, daß nur das solum Italicum in quiritischem Eigentum stehen konnte und von Grundsteuern frei war.

B. Die Provinzen.

Die Lage derselben verbesserte sich unter dem Prinzipate. Ausbeutungen, wie sie zur Zeit der Republik vorkamen (zu nennen ist hier besonders Verres), wurde durch Repetundengesetze scharf entgegengetreten. Äußerlich unterschied man senatorische Provinzen mit Prokonsuln an der Spitze und kaiserliche mit besoldeten legati Augusti an der Spitze. Tatsächlich hatte in allen der Prinzeps die Gewalt. Der künstliche Gegensatz schwand daher und die Provinzialstatthalter erhielten die allgemeine Bezeichnung praeses provinciae. Das solum provinciale, das nicht mit dem jus Italicum privilegiert ist, unterlag einer Grundsteuer (tributum, stipendium). Außerdem wurde eine Kopfsteuer erhoben.

Wie Italien immer mehr provinzialen Charakter erhielt, so näherten sich die Einrichtungen der Provinzen immer mehr Italien. Der Kaiser Caracalla konnte daher 212 in seiner lex de civitate auch den Provinzialen, die bisher Peregrinen gewesen waren, das römische Bürgerrecht verleihen, wie es s. Z. 88 v. Chr. allen Italikern verliehen worden war. Das für Caracalla bestimmend gewesen Motiv, alle Reichseinwohner dadurch der für römische Bürger eingeführten Erbschaftssteuer zu unterwerfen, macht hierbei nichts aus.

4. Periode.

§ 11. Von Konstantin dem Großen bis zu Justinian.[1]) 306—567.

Nach dem Tode des Alexander Severus, 235, vermochte sich keiner der von den Soldaten erhobenen Kaiser längere Zeit zu halten. Dabei beunruhigten Angriffe der Barbaren allenthalben das Reich. Der Verfall des römischen Weltreichs, dessen Wurzel schon im Verfall der

---

[1]) Geschichtsübersicht. Konstantin 806—87. 825 das erste ökumenische Konzil zu Nicäa. 880 Konstantinopel Hauptstadt des römischen Reichs. 887—61 Constantius. 861—68 Julian Apostata. 364—78 Valens im Osten, Valentinian und Gratian im Westen. 879—95 Theodosius der Große. Nach seinem Tode Arkadius im Osten, Honorius im Westen. Ostrom und Westrom dauernd getrennt.

a) Westrom. Fortgesetzte Anstürme der Völkerwanderung zerrütten Westrom, bis 476 Odoaker, der Anführer germanischer Söldner dem westlichen Kaisertum ein Ende macht. 492 besiegt der Ostgote Theoderich d. Große Odoaker und errichtet in Italien das Ostgotenreich. Es wird 554 zerstört durch Narses, den Feldherrn Justinians, unter dem Ostrom und Westrom noch einmal vorübergehend vereinigt werden. 568 erobern die Langobarden Nord-Italien, 752 das Exarchat. 755 besiegt der Franke Pippin der Kleine die Langobarden, 778 zerstört Karl der Große das Langobardenreich völlig.

b) Ostrom. 408—450 Theodosius II (Sittiergesetz). Leo I (pignus Leoninum). Um 470 Zeno (jusjurandum Zenonianum). Anastasius (lex Anastasiana). Justinian 527—567. Basilius Macedo. Sein Sohn Leo Philosophus, 886—910 (Basiliken). 1458 Eroberung von Konstantinopel durch die Türken.

alten römischen Republik zu suchen ist, machte Riesenfortschritte.

In Diokletian entstand Rom ein starker Herrscher, der den schon im Geiste des ersten Severus dämmernden Gedanken einer Teilung des Reichs verwirklichte. Er schuf zwei Augusti, einen für Ostrom und einen für Westrom, und neben jedem Augustus einen Cäsar für ein größeres Gebiet. Klug wählte er sich Ostrom, ein Zeichen, wie schwer der Stand in Westrom war und wie sehr man an seinem Bestande bereits zweifelte. Sein Reformversuch konnte aber nicht hindern, daß die Verwirrung nach seinem Tode nicht geringer war als früher.

Aus den Wirren ging schließlich Konstantin der Große 323 als Alleinherrscher siegreich hervor. Er baute auf den Grundlagen Diokletians weiter und gab dem Reiche eine neue Verfassung.

Das Reich wurde in 4 praefecturae geteilt, 2 im Osten (praefectura Orientis und Illyrici) und 2 im Westen (praefectura Italiae und Galliarum). An der Spitze jeder Präfektur stand ein General-Statthalter, praefectus praetorio. Die Präfekturen zerfielen in Diözesen, diese in Provinzen. Zentralisierung und Nivellierung mußten mehr noch wie bisher eintreten.

Das Militärregiment wurde von der Zivilverwaltung getrennt und so entsprachen den 4 praefecti praetorio auch 4 magistri militum, unter denen duces (unter diesen comites) standen.

Rom und Konstantinopel, das Konstantin 330 zur ersten Reichshauptstadt erhoben hatte, galten als besondere Verwaltungsbezirke. Der Senat Roms wurde zum Stadtrat Roms, und ebenso wurde für Konstantinopel ein Senat geschaffen.

Unter Beseitigung des jus Italicum, des italischen Steuer-Vorrechts, wurde für das ganze Reich eine ein-

heitliche Besteuerung geschaffen. Die Grundbesitzer (possessores) wurden zu einer Grundsteuer, die anderen (plebeii) zu einer Kopfsteuer herangezogen. Entsprechend ihrer größeren Steuerlast hatten die possessores besondere Privilegien, z. B. durften sie nicht gefoltert oder mit schweren Leibesstrafen belegt werden. Die zu demselben Gewerbe gehörigen Personen wurden zu Innungen vereinigt. Der Sohn mußte werden, was der Vater war. Jeder Berufsstand bildete eine erbliche Kaste. Die Bekleidung städtischer Ämter, die Mitgliedschaft an der curia wurde Zwangspflicht, der sich zu entziehen um so strafbarer war, als die Kurialen persönlich für den Eingang der Reichssteuern hafteten. Konsuln wurden aber noch immer ernannt, hauptsächlich, um die altgewohnte Jahresbezeichnung damit zu erhalten.[1])

Dem Riesenreich entsprach ein komplizierter Verwaltungsapparat, ein vielgestaltiger Beamten-Mechanismus. Alle Beamten wurden besoldet. Dignitates waren die höheren, officia und militiae die niederen Beamtenstellen. Zu den höchsten Hofbeamten gehörte der quaestor sacri palatii (der Justizminister). Der Staatsrat, consistorium principis, wurde wesentlich ein Ministerrat.

Nachdem die Idee des römischen Kaisertums sich drei Jahrhunderte lang in der Wirklichkeit veranschaulicht hatte, betonte man seit Konstantin die Majestät des Kaisers stärker als vorher, was sich u. a. in einer Ausdehnung des crimen laesae majestatis kund tat, ja man wartete nicht ab, bis der Kaiser nach seinem Tode durch consecratio zu den Divi erhoben wurde, sondern schon zu Lebzeiten galt er als höheres Wesen, numen

[1]) Mit Worten Sohms, Institutionen, Elfte Aufl. S. 55, könnte man auch hier wie bei den 12 Tafeln sagen: „So entsprach es dem konservativen, in allen rechtlichen Dingen höchst vorsichtigen Sinne der Römer.“

divinum, und alles, was von ihm ausging, war sacrum. Aus diesen Anschauungen entwickelte sich eine sklavische Verehrung des Kaisers (Byzantinertum). Dabei blieb aber die Kaiserwürde an sich unvererblich, wie früher.

Trotz der durchgreifenden, konstantinischen Reform konnte sich das römische Reich nicht halten. Westrom verschwand in der Brandung der Völkerwanderung. Das Römertum hatte sich ausgelebt und mußte dem gleichzeitigen Vordringen von Christentum und Germanentum weichen. Länger hielt sich das oströmische Reich, das durch seine Lage gegen den Anprall der Völkerwanderung geschützt war.[1]) Erst nach mehr als tausendjährigem Marasmus erlag es dem Angriffe der mohammedanischen Türken.

---

[1]) So richtig Karlowa S. 825 und Esmarch S. 421; mit der angeblichen Unvergänglichkeit der hellenischen Geistesmacht hat dies nichts zu tun, wie Mommsen außerdem auf S. 868 meint.

Zweiter Teil.

Quellen und allgemeine Entwicklungsgeschichte des römischen Privatrechts.

1. Abschnitt.

Die Rechtsquellen bis zur Kodifikation Justinians.

§ 12. Allgemeines.

In § 3 J. de jure naturali et gentium et civili 1,2 heißt es:[1]) Constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto. Scriptum ius est lex, plebi scita, senatus consulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.

Weiter heißt es in § 9 l. c.: Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit, nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur. Gemeint ist hiermit das sich aus usus und opinio necessitatis bildende Gewohnheitsrecht, die inveterata consuetudo der l. 32,1 D. 1,3, die mit Rechtsüberzeugung geübte Sitte.

Zwischen bloßer Sitte und Recht besteht somit ein Gegensatz.[2]) Wann eine Sitte zu einem Rechte erstarrt, inveterata ist, ist im Einzelfalle schwer zu sagen und „Unbestimmtheit ist das unvertilgbare Muttermal der meisten konkreten Gewohnheitsrechte".[3]) Zweifelhaft wird

---

[1]) Vgl. auch Gajus 1,2 ff. Bekanntlich sind die Institutionen Justinians teilweise nur eine Erweiterung derjenigen des Gajus.

[2]) Vgl. Karlowa 1 S. 449, insbesondere aber Jhering § 25/26.

[3]) Jhering l. c. S. 84.

daher auch oft sein, ob im einzelnen Falle eine sittliche Verpflichtung oder eine rechtliche vorliegt. Zu weit geht Ihering 2, S. 58, wenn er behauptet, das solche Zweifel bei den Römern nicht bestanden haben sollen.

Jus scriptum ist das, was wir heute Gesetz nennen. Die Anschauung der Römer ist wie die heutige, daß es nur geschriebene Gesetze gibt. Denkbar sind allerdings für älteste Zeiten auch mündlich gegebene Gesetze. Jedenfalls sind aber auch die Komitialbeschlüsse des römischen Volks als geschriebene Gesetze aufzufassen, denn der schriftliche Gesetzentwurf konnte nur als Ganzes angenommen werden, ließ keine Änderungen zu.

Jus non scriptum ist Gewohnheitsrecht. Dasselbe kann irgendwie aufgezeichnet sein, aber nicht vom rechtsetzenden Staatsorgan mit rechtsverbindlicher Kraft. So war das in Deutschland rezipierte römische Recht für Deutschland Gewohnheitsrecht, wenn es auch sich aufgezeichnet fand. Unrichtig ist es aber, die edicta magistruum und die responsa prudentium als Gewohnheitsrecht zu bezeichnen; erstere sind vielmehr am treffendsten wohl als Verordnungsrecht zu bezeichnen.[1]) Daß bereits eine gewohnheitliche Überzeugung besteht und erst im Anschluß an diese das Gesetz erlassen wird, ändert an dem Gegensatz von Gesetz und Gewohnheitsrecht nichts.[2]) Mit Rücksicht allerdings auf den Begriff des edictum tralaticium, der Summe der von einem Prätor zum andern übernommenen Rechtssätze, könnte man dem Wesen der Sache nach von einem Gewohnheitsrecht sprechen, der Form nach liegt aber auch hier noch die Handlung eines rechtsetzenden Staatsorgans vor. Das edictum perpe-

[1]) Vgl. auch Schulin S. 92.

[2]) Das Edizieren erfolgte übrigens zunächst mündlich, wenigstens in älterer Zeit, und erst hinterher wurde das Edizierte niedergeschrieben, also der umgekehrte Vorgang wie bei den leges; vgl. Karlowa S. 460.

tuum ist Gesetz. Gesetz sind aber weiter auch und nicht Gewohnheitsrecht die responsa prudentium, die Vorläufer der rescripta principis.

Man hat sich gewöhnt, für die älteste Zeit und neben den leges regiae von Gewohnheitsrecht zu sprechen, besonders aber auch für die erste Zeit nach Vertreibung der Könige (510 v. Chr.). Pomponius sagt in l. 2,3 D. 1,2: Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae (sc. regiae) exoleverunt iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem. Dieses Gewohnheitsrecht ist aber zum mindesten als ein eigenartiges zu bezeichnen, denn an anderer Stelle heißt es:[1]) civile ius in penetralibus pontificum repositum, per multa saecula inter sacra caerimoniasque deorum immortalium abditum solisque pontificibus notum.

Das Gewohnheitsrecht bildet sich entweder praeter legem oder contra legem (derogierend). Im letzteren Falle sprachen die Römer: lex in desuetudinem abiit. So sagt Gajus 2,103 von den beiden alten genera testamentorum (aut calatis comitiis aut in procinctu): in desuetudinem abierunt, derselbe 1,111 von der conventio in manum mariti: hoc ius partim legibus sublatum est partim ipsa desuetudine oblitteratum est. Die gewohnheitsrechtliche Entstehung von Rechtssätzen (praeter legem) findet sich nur an wenigen Stellen bezeugt.[2]) Als Beispiel sei angeführt l. 1 D. de donationibus inter virum et uxorem 24,1: Ulpianus libro trigesimo ad Sabinum (Sabinuskommentar Ulpians), Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent.[3])

---

[1]) Vgl. Karlowa S. 474.

[2]) Vgl. Karlowa S. 451.

[3]) Das B.G.B. § 1584 kennt nur Widerruf gegenüber dem

Von Bedeutung für die Betrachtung der Rechtsquellen ist auch der Gegensatz von jus civile und jus praetorium. Papinian sagt hierüber in l. 7 D. de iustitia et iure 1,1: Jus autem civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt (edicta magistratuum!) adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur.

Wir kommen jetzt zu den einzelnen Quellen des ius scriptum.

§ 13. Leges und plebiscita.

1. Allgemeines.

In der erwähnten l. 2,3 D. 1,2 de origine iuris und anderweit ist von leges regiae die Rede. Über den Charakter derselben und über den formellen Gang der Gesetzgebung zur Königszeit weiß man jedoch nichts Genaues. Eine Sammlung sogen. leges regiae existierte zur Zeit der Republik unter dem Namen jus Papirianum und soll von einem Pontifex Papirius nach Vertreibung der Könige verfaßt sein; sie enthielt hauptsächlich nur sakrale Rechtssatzungen und wurde noch zu Cäsars Zeit kommentiert.

Zur Zeit der Republik gab es an Volksschlüssen sowohl leges wie plebiscita. Lex est, quod populus Romanus senatore magistratu interrogante, veluti consule, constituebat. plebi scitum est, quod plebs plebeio magistratu interrogante, veluti tribuno, con-

---

bei Scheidung für schuldig erklärten Ehegatten. Außerdem ist reichsgesetzlich den Gläubigern beschränkt eine Anfechtung solcher Schenkungen gegeben.

stituebat. plebs autem a populo eo differt, quo species a genere: nam appellatione populi universi cives significantur connumeratis etiam patriciis et senatoribus: plebis autem appellatione sine patriciis et senatoribus ceteri cives significantur. sed et plebi scita lege Hortensia lata non minus valere quam leges coeperunt (§ 4 J. de iure naturali et gentium et civili 1,2). Die lex Hortensia (ut plebiscita universum populum tenerent) setzt man in das Jahr 287 v. Chr. Ähnliches hatten bereits bestimmt die leges Valeriae Horatiae 448 v. Chr. und die leges Publiliae Philonis 338 v. Chr. Das Verhältnis dieser 3 leges zu einander ist bestritten.

Zur Zeit des Augustus hatte die Volksversammlung noch ihre alten Gesetzgebungsrechte. Die üblen Erfahrungen aber, die Augustus bei seiner Gesetzgebung machte, ließen ihn seinem Nachfolger Tiberius den Rat erteilen, die Mitwirkung des Volkes bei der Gesetzgebung einzuschränken, was geschah. Bald fiel sie auch ganz weg und die Gesetze wurden von den Kaisern gegeben.

2. Zustandekommen eines Gesetzes. Hierzu gehörte:

a) Promulgatio = Ausstellung des Gesetzentwurfes zur Vorberatung in contiones durch den legislator während eines trinundinum (nundinus = nonus dies).

b) Rogatio: Befragung und Abstimmung der Volksversammlung, entweder im ganzen Verwerfung oder Annahme; das angenommene Gesetz hieß lex perlata.

c) Publicatio: öffentliche Bekanntmachung.

3. Allgemeiner Inhalt eines Gesetzes:

a) Praescriptio = Angabe von legislator, Volksversammlung und Ort,

b) Rogatio = Gesetzestext in befehlender Form,

c) Sanctio = Bestimmung für Zuwiderhandlungen, sie konnte fehlen.

4. Arten von Gesetzen.

leges latae sind die in der Volksversammlung beschlossenen Gesetze.

leges datae sind kraft besonderer Ermächtigung von einem Magistrate, später die von den Kaisern kraft genereller Ermächtigung statt des Volkes erlassenen Gesetze für Nichtbürger, insbesondere Provinzialordnungen.

leges sacratae sind beschworene Gesetze; sie kamen z. Z. des Ständekampfes zwischen Plebejern und Patriziern vor.

lex imperfecta: bei Zuwiderhandlung weder Nichtigkeit noch Strafe angedroht,

lex perfecta: Nichtigkeit angedroht,

lex minus quam perfecta: Strafe, aber keine Nichtigkeit,

lex plus quam perfecta: sowohl Nichtigkeit wie Strafe.

leges agrariae — leges judiciariae — leges tabellariae.

5. Änderung von Gesetzen.

Ulpian fragm. 3[1]) sagt: Lex aut rogatur i. e. fertur; aut abrogatur i. e. prior lex tollitur; aut derogatur i. e. pars primae legis tollitur; aut subrogatur i e. adiicitur aliquid primae legi; aut obrogatur, i. e. mutatur aliquid ex prima lege.

---

[1]) Ulpiani liber singularis regularum.

6. Einzelne Gesetze von privatrechlicher Bedeutung.

Wir bereits erwähnt, war für die erste Zeit nach Vertreibung der Könige die consuetudo Grundlage der Rechtsprechung. Die Unsicherheit dieses Zustandes führte zu dem Beschlusse, die Gesetze durch 10 Männer (Decemviri) aufzeichnen zu lassen und so entstand die 12-Tafel-Gesetzgebung, nach Livius fons omnis publici privatique iuris, 450 v. Chr.

Die Bedeutung der 12 Tafeln geht schon daraus hervor, daß sie lange Zeit auswendig gelernt wurden und daß verschiedene Kommentare dazu geschrieben worden sind, selbst noch einer von Gajus (Zeit Marc Aurels 161—180 n. Chr.). Der erste Kommentar sind die Tripertita (trespartes) des Sextus Aelius Paetus Catus, 204 v. Chr.

Mit wenig Glück hat man in den 12 Tafeln griechisches Recht nachzuweisen versucht.[1]) Der Gedankengang ist dabei meist folgender gewesen: Gewisse Sätze der 12 Tafeln galten auch in Griechenland, 3 Dezemvirn waren in Griechenland, um das dortige Recht zu studieren, folglich sind diese Sätze aus Griechenland.

Die 12 Tafeln wurden in foro Romano aufgestellt. Die Urtafeln wurden aber ein Opfer des gallischen Brandes (390 v. Chr.). Aus der Erinnerung stellte man neue Tafeln her; auch diese sind im Laufe der Kaiserzeit abhanden gekommen, sodaß wir Originalüberlieferungen der 12 Tafeln nicht haben. Nicht einmal Abschriften des Ganzen oder zusammenhängender Bruchstücke sind auf uns gekommen, wir haben vielmehr nur etwa 100 unvollständige Fragmente aus Zitaten, hauptsächlich des Gajuskommentars, in den Digesten. Indem man von den Digesten auf den nicht mehr vorhandenen Gajus-

---

[1]) Vgl. hierzu Karlowa 1,112, Esmarch S. 54.

kommentar und von Gajus auf die 12 Tafeln zurückging, hat man diese an der Hand der Fragmente zu restituieren versucht. Die älteren Restitutionsversuche bezeichnet Karlowa 1,114 selbst als wertlose Spielerei. Von neueren Restitutionsversuchen sind zu nennen diejenigen von Jacobus Gothofredus 1616, von Dirksen 1824, von Schöll 1866, Voigt, die 12 Tafeln, Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechtes wie -Prozesses der 12 Tafeln nebst deren Fragmenten, 2 Bände, 1883.

Von Rechtssätzen der 12 Tafeln seien erwähnt:

das trinoctium bei der Manusehe (Gajus[1]) 1,111),

Si pater filium ter venumduit filius a patre liber esto (Gajus 1,182),

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei ita jus esto (Gajus 2,224),

die Intestaterbfolge der 12 Tafeln (1. sui, 2. agnati, 3. gentiles) ist bei Gajus 3,1 ff. geschildert,

des Talionsprinzips (Auge um Auge, Zahn um Zahn) bei Körperverletzung der 12 Tafeln ist Erwähnung getan bei Gajus 3,228,

die Bestrafung des Diebstahls nach den 12 Tafeln ergibt sich aus Gajus 3,189, 190. Der auf handhafter Tat ergriffene Dieb (fur manifestus) wurde als Freier zum Sklaven, als Sklave hingerichtet, der fur nec manifestus wurde mit dem doppelten Werte des Gestohlenen bestraft.[2])

Von späteren privatrechtlichen Gesetzen seien erwähnt (geordnet nach dem Alphabet):

---

[1]) Die Institutionen des Gajus, nicht sein Kommentar zu den XII Tafeln, der nicht mehr erhalten ist.

[2]) Eine Übersicht der 12-Tafel-Fragmente ist bei Esmarch S. 56 ff. gegeben.

lex Aebutia, 150?, 200? v. Chr., führte den Formular-Prozeß ein anstelle der legis actio per condictionem (durch 2 leges Juliae judiciariae, 25 v. Chr., wurde dann der Formular-Prozeß allgemein eingeführt).

lex Aelia Sentia, 4 n. Chr., erschwerte die Freilassung von Sklaven, besonders war die in fraudem creditorum ungültig; vgl. lex Fufia Caninia und lex Junia Norbana.

lex Anastasiana, um 500 n. Chr., zedierte Forderungen können nur in Höhe des Kaufpreises eingeklagt werden.

lex Aquilia, 287? v. Chr.: Kapitel 1 und 3 wurden die Grundlage für Klagen wegen Sachbeschädigung (damnun „injuria“ „corpori“ „corpore“ datum); das 2. Kapitel handelte vom adstipulator,[1]) welcher sein formelles Recht mißbrauchte, um den Schuldner durch acceptilatio (Erlaßvertrag) zu befreien. Die Deliktsklage aus der lex Aquilia gegen ihn kam außer Übung, nachdem die Verbindlichkeit des Mandats anerkannt war, indem dann die actio mandati directa gegeben war (vgl. 27,4 D. 9,2).

lex Atilia, 310 v. Chr.?: der praetor urbanus erhält das Recht, unter Zuziehung eines consilium von Volkstribunen in der Stadt Rom einen tutor zu geben (tutor Atilianus, Gajus 1,185). Damit war auch obrigkeitliche Ernennung eines Vormundes —

---

[1]) Fiduziarischer Nebengläubiger, bei Eingehung einer Stipulation zugezogen, um dann bei Geltendmachung der Ansprüche direkt für den Haupt- (und eigentlichen) Gläubiger handeln zu können; die adstipulatio war ein Ersatz für die dem römischen Rechte unbekannte unmittelbare Stellvertretung.

und zwar für Unmündige und Frauen — eingeführt. Später besondere praetores tutelares und schließlich auch noch andere Magistrate zuständig. Vgl. lex Julia et Titia.

lex Atinia, 196? v. Chr.: res furtivae können nicht ersessen werden; in diesem Sinne mußte schon nach den XII Tafeln der Dieb dem Käufer ewig gewährleisten (Gajus 2,45). Vgl. lex Julia et Plautia.

lex Calpurnia, 149? v. Chr.: condictio für jede certa res, nicht bloß für certa pecunia; s. lex Silia.

lex Cincia, 204? v. Chr.: Schenkungen über ein gewisses (uns unbekanntes) Maß verboten; trotzdem erfolgte Schenkungen waren zwar nach jus civile gültig, der Prätor gewährte aber gegen die Klage eine exceptio (legis Cinciae).

lex Claudia, 50 n. Chr., hob die tutela legitima der Agnaten auf.

lex Cornelia de falsis, unter Sulla 81 v. Chr.: Schwere Strafe für denjenigen, der nach erfahrenem Tode die in seinen Händen befindliche Testamentsurkunde nicht dem Gerichte (quaestiones publicae perpetuae) aushändigt.

lex Cornelia de injuriis, 81 v. Chr., für Realinjurien (verberare, pulsare, domum vi introire); die actio ex lege Cornelia war eine zivile im Gegensatz zur prätorischen actio injuriarum.

lex Cornelia de postliminio, von Sulla: fictio legis Corneliae: von einem durch Kriegsgefangenschaft zum Unfreien werdenden Römer wird angenommen, daß er im Augenblicke der Gefangennahme gestorben sei. Hierdurch wurde dem vorher errichteten Testament die Rechtsbeständigkeit erhalten, da

für dieselbe erforderlich war, daß das Testament von einem bis zu seinem Tode freien Römer errichtet war.

lex Falcidia, 40 v. Chr.: Die mit Legaten beschwerten Erben hatten Anspruch, daß ihnen wenigstens der vierte Teil der Erbschaft, quarta Falcidia, verblieb, und durften so weit verhältnismäßig die Legate schmälern; vgl. lex Voconia, Furia testamentaria. Gajus 2,227.

lex Fufia Caninia, 8 n. Chr.: Für testamentarische Freilassung von Sklaven Beschränkungen eingeführt. Vgl. lex Aelia Sentia. Der Grund war bei beiden leges das starke Anwachsen des unsicheren Elementes der humillimi: niedersten Volksschichten.

lex Furia testamentaria, 183 v. Chr.: Vermächtnisnehmer sollen nicht mehr als 1000 Aß aus Vermächtnis fordern dürfen. Vgl. lex Falcidia, Voconia.

lex Furia de sponsu, 345 v. Chr., galt nur für Italien, jeder sponsor und fidepromissor sollte nur 2 Jahre haften, unter mehreren Mitsponsoren, Mitfidepromissoren sollte die Bürgschaftsschuld ipso jure nach Köpfen geteilt sein ohne Rücksicht auf die Solvenz des einzelnen. Mitfidejussoren hafteten dagegen jeder auf das Ganze und mit actio perpetua.

lex Julia de adulteriis, 18 v. Chr.: Der Mann hatte früher bezüglich der Dotalsachen Veräußerungsfreiheit, dieselbe wurde ihm jetzt für den fundus italicus entzogen.

lex Julia de cessione bonorum, wohl erst unter Augustus publiziert; der Kridar entging durch cessio

bonorum der Infamie und behielt das beneficium competentiae.

lex Julia de fundo dotali, ein Kapitel aus der lex Julia de adulteriis, die sich im allgemeinen gegen Ehebruch richtete; vgl. lex Julia de adulteriis.

lex Julia de maritandis ordinibus, 4 n. Chr.: Ehegesetzgebung; auf dieser lex beruht auch die Dotalpflicht der väterlichen Aszendenten.

lex Julia et Papia Poppaea, 4—9 n. Chr.: Ehegesetzgebung. Caelibes (Ehelose) und orbi (Kinderlose) sind erwerbsunfähig aus Testamenten. Neben matrimonium ein concubinatus, besonders mit Personen niederen Standes, geduldet, die Kinder aus Konkubinat (liberi naturales) hatten ursprünglich keine Rechte gegen den Vater, erst durch Justinian erhielten sie einen Anspruch auf Unterhalt und ein beschränktes, gesetzliches Erbrecht gegenüber Erzeuger im Gegensatz zu den liberi spurii, vulgo quaesiti.

lex Julia et Plautia: res vi possessae können nicht ersessen werden; vgl. l. Atinia und Gajus 2,45.

lex Julia et Titia: Dasselbe Recht wie in lex Atilia dem praetor urbanus wurde dem praeses provinciae für seine Provinz gegeben (Gajus 1,185).

lex Junia Norbana, 19 n. Chr.: gab denjenigen Sklaven, die sich mit Willen ihrer Herren wie Freie bewegten (in libertate morari), die Stellung der latini Coloniarii, sie hießen latini Juniani, hatten aber kein commercium mortis causa (sie starben wie Sklaven).

lex Junia Velleia, zu Anfang der Kaiserzeit, postumi Vellejani. Ursprünglich konnten Postumi (Nach-

geborene) nicht im Testament als Erben eingesetzt werden. Dies wurde anders zunächst für die nach dem Tode des Erblassers geborenen postumi sui nach Gewohnheitsrecht (postumi legitimi), durch die lex Junia Velleia auch für die nach Errichtung des Testaments noch zu Lebzeiten des Erblassers Geborenen sui (postumi Vellejani).

lex **Leonina, vom Kaiser Leo 469 n. Chr.**: Das jüngere öffentliche Pfandrecht geht dem älteren nicht-öffentlichen vor.

lex **Pinaria**: Die Bestellung des judex sollte erst 30 Tage nach dem Termine in jure vom Prätor erfolgen; strittig, ob dies nicht bloß für den Legisaktionen-Prozeß, sondern auch für den Formular-Prozeß gilt.

lex **Plaetoria (auch Laetoria genannt) 186 v. Chr.**: Der vaterlose pubes minor durfte sich darnach aus „besonderen Gründen" vom Prätor einen curator erbitten; diese Erbittung ward dann die Regel und es bildete sich der Begriff der Minderjährigkeit (bis 25 Jahre). Wenn der Minderjährige durch einen wenn auch rechtsgültig geschlossenen Vertrag betrügerisch übervorteilt war, so hatte er die exceptio legis Plaetoriae.

lex **Poetelia, 313 v. Chr.**, milderte die manus injectio (Personal-Zwangs-Vollstreckung), indem sie Tötung und Verknechtung des Schuldners verbot.

lex **Rhodia de jactu**: Bedroht eine Seegefahr Schiff und Ladung (große Haverei), so wird der Schaden gemeinsam getragen. Dieser Satz ging aus dem rhodischen Rechte in das römische, mittelalterliche und neuere Recht über. Vgl. D. 14,2.

lex **Scribonia**: „usucapio" servitutis aufgehoben, doch

gab es eine longi temporis possessio für Servituten; vgl. 4,28 D. 41,8.

lex Silia, 247? v. Chr., führte die legisactio per condictionem für certa pecunia ein, vgl. lex Calpurnia.

lex Vallia: dem nexum wurde die strenge Wirkung der Personalhaft genommen; dadurch kam es für Zwangsvollstreckung außer Übung.

lex Voconia, 169 v. Chr., beschränkte die Legate; vgl. lex Falcidia, Furia testamentaria. Ferner Beschränkung des Frauen-Erbrechts; in der 2. Klasse des alten Zivil-Erbrechts wurden von den weiblichen Agnaten nur die consanguineae, die agnatischen „Schwestern" berücksichtigt.

7. Original-Überlieferungen von Gesetzen.[1]) Es sind nur geringe Überreste. Zu erwähnen sind:

leges Flaviae Salpensana et Malacitana, gefunden 1851 bei Malaga in Spanien, Gemeindeordnungen für die Städte Salpensa und Malaca in der Form von leges datae des Kaisers Domitian aus der Zeit 82—84 n. Chr.,

lex metalli Vipascensis, 1876 in Portugal gefunden, Bergwerksordnung,

lex Rubria de Gallia Cisalpina, 4. Tafel, gefunden 1760 in den Ruinen von Veleja, enthält Munizipaljurisdiktion aus der Zeit 49—42 v. Chr.

§ 14. Senatuskonsulte.

Nächst den leges plebivescita sind als Rechtsquellen die Senatuskonsulte von Bedeutung.

---

[1]) Ausführliches bei Karlowa I. S. 430 ff.

Senatus consultum est, quod senatus iubet atque constituit, nam cum auctus est populus Romanus in eum modum, ut difficile sit in unum eum convocare legis sanciendae causa, aequum visum est senatum vice populi consuli (§ 5 J. de iure naturali 1,2).

Zur Zeit der Republik hatte der Senat nur in Religions- und Verwaltungssachen gesetzgeberische Befugnis. Erst in der Kaiserzeit wurden die Senatsschlüsse und zwar etwa seit Tiberius an Stelle der leges latae eine Form privatrechtlicher Gesetzgebung. Der Antrag für den Senatsbeschluß wurde von dem referierenden Konsul (jus referendi) gestellt, später durch eine verlesene oratio des Kaisers. Die Zustimmung des Senats wurde allmählich derart zu einer bloßen Formalität, daß anstatt von Senatuskonsult in den Quellen auch von oratio gesprochen wird. In der späteren Kaiserzeit fielen sie ganz weg.

Im Original ist uns von Senatuskonsulten fast nichts erhalten. Von Bedeutung sind folgende Senatuskonsulte (in zeitlicher Reihenfolge):

Senatusconsultum (Sct.) de Bacchanalibus, 185 v. Chr., ist das älteste, uns vollständig erhaltene Sct., richtete sich gegen die Ausschreitungen des Bacchuskultus. Die Sklavin Fecenia Hispana, die sich durch die Aufdeckung dieser Ausschreitungen um die Stadt Rom verdient machte, erhielt das Privileg einen Römer zu heiraten, derselbe sollte dadurch keinen Schaden haben; so erzählt Livius.

Sct. Libonianum, 16 n. Chr.
Verfügungen zu Gunsten des Schreibers des Testamentes sind ungültig, wenn nicht der testator sie eigenhändig bestätigt hat oder der Schreiber der einzige Intestaterbe ist. Das Sct. verfügte nicht direkt Nichtigkeit, sondern bedrohte nur den Schreiber mit

der Strafe der lex Cornelia. Es findet auch auf Vermächtnisse Anwendung. Vgl. § 2235 B.G.B.

Sct. Vellejanum 46 n. Chr.
Interzession der Frauen verboten. Interzediert eine Frau trotzdem, tritt sie z. B. als fidejussor ein, so wird sie zwar ipso jure verpflichtet, kann sich aber gegen die Klage durch exceptio Sct. Vellejani schützen, die nicht einmal eine Naturalobligation übrig läßt. Im Anschluß an dieses Senatuskonsult hat die Jurisprudenz den Interzessionsbegriff entwickelt und abgegrenzt.

Sct. Claudianum 52 n. Chr.
Die Freie, welche mit einem Sklaven geschlechtlichen Umgang hatte und trotz dreimaliger Abmahnung (denuntiatio) des Herrn von ihm nicht abließ, verfiel in Sklaverei; von Justinian (527—65) aufgehoben.

Sct. Neronianum unter Nero (54—68).
Legate, welche in einer im konkreten Falle nicht passenden Form angeordnet sind, sollten wie ein Damnations-Legat behandelt werden und ganz wie dieses mit der actio ex testamento geltend gemacht werden. Seitdem gab man diese Klage als incerta auch auf Grund eines gültigen Vindikationslegats neben der vindicatio.

Sct. Trebellianum 62 n. Chr.
Die Restitutionserklärung des heres fiduciarius erhält unmittelbar die Wirkung der Universal-Succession: Übergang von Aktivis und Passivis. Der Universal-Fideikommissar hat die fideicommissaria hereditatis petitio; actiones utiles für und gegen ihn. Der Universal-Fideikommissar wird ein weiterer Erbe, ein Nacherbe. Über Nacherbschaft im B.G.B. vgl. §§ 2100 ff.

Sct. Pegasianum, 75 n. Chr.
Unterwirft die coelibes (Ehelosen) und orbi (Kinderlosen) auch bezüglich der Fideikommisse den Beschränkungen der lex Julia et Papia Poppaea. Im übrigen vgl. hierüber das unter Universal-Fideikommiß Gesagte.

Sct. Plancianum, unter Vespasian? (69—79.)
Der Erbe, welcher ein fideicommissum tacitum an einen Incapax übernimmt, verliert das Pegasianische Recht auf die quarta und das Recht auf die kaduken Fideikommisse.
(Vgl. noch das Sct. Plancianum unter Hadrian).

Sct. Macedonianum, unter Vespasian? (69—79.),
veranlaßt durch den Vatermord eines von Wucherern bedrängten Haussohns; Gelddarlehen an Hauskinder verboten. Trotzdem gewährtes Darlehen ist zwar gültig, jedoch gibt der Prätor eine exceptio, welche der Darlehensobligation aber noch die Bedeutung einer Natural-Obligation beläßt (vgl. dagegen Sct. Vellejanum). Diese exceptio gehörte zu den privilegierten, die auch gegen ein judicatum ihre Kraft behielten.

Sct. Plancianum, unter Hadrian (117—138).
Die geschiedene Schwangere muß innerhalb 30 Tagen nach Scheidung die Schwangerschaft dem Manne anzeigen (denuntiatio) bei Verlust der actio de partu agnoscendo.

Sct. Tertullianum unter Hadrian (117—138.)
Das Kognations-Erbrecht der Mutter als solcher gegen ihre Kinder wurde für den Fall zu einem zivilen Intestat-Erbrecht (legitima hereditas) erhoben, daß sie das jus liberorum — bei mehreren Kindern — hatte. Dann sollte sie nicht erst (auf der Basis der prätorischen Reihenfolge) in der Klasse

unde proximi cognati, also nach allen jure civili erbberechtigten „Agnaten“ (Gegs. Kognaten), sondern schon in der Klasse unde legitimi zugelassen werden.

Sct. Juventianum 129 n. Chr.,
in den Quellen nicht so benannt (20,6 D. 5,8), sondern erst später und zwar nach P. Juventius Celsus, der zu den Konsuln des Jahres gehörte (nach ihm auch die condictio Juventiana: sine causa 32 D. 12,1 benannt). Es bestimmt:
1. Wer zur Vereitelung der hereditatis petitio den Besitz dolos vor Prozeßbeginn aufgegeben hat, haftet doch als fictus possessor.
2. Auch der gutgläubige Besitzer der Erbschaft muß der hereditatis petitio gegenüber allen gemachten Gewinn herausgeben (der bösgläubige muß auch Ersatz leisten). Das Sct. bezog sich seinem Wortlaute nach nur auf die caducorum vindicatio durch den Fiskus, wurde aber ohne Anstand auf die hereditatis petitio überhaupt übertragen. Vgl. B.G.B. § 2021.

Sct. Juventianum?, auch aus der Zeit Hadrians (117—138):
Der hereditatis petitio gegenüber ist usucapio pro herede unwirksam; damit wurde dieselbe unpraktisch.

Sct. Orfitianum, unter Marc Aurel 178 n. Chr.:
Die Kinder als solche (auf Grund der natürlichen, nicht agnatischen Verwandtschaft) haben das nächste Intestat-Erbrecht gegenüber ihrer Mutter, eine legitima hereditas kraft Kognation; Gegenstück zum Sct. Tertullianum.

§ 15. Magistrats-Edikte.

Gajus 1 § 6 sagt: ius autem edicendi habent magistratus populi Romani, sed amplissimum ius est

in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in prouinciis iurisdictionem praesides earum habent; item in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in prouinciis populi Romani quaestores habent; nam in prouincias Caesaris omnino quaestores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his prouinciis non proponitur.

Und in § 7 J. de iure naturali 1,2 heißt es: Praetorum quoque edicta non modicam iuris obtinent auctoritatem. haec etiam ius honorarium solemus appellare, quod qui honores gerunt id est magistratus, auctoritatem huic iuri dederunt. proponebant et aediles curules edictum de quibusdam casibus, quod edictum iuris honorarii portio est.

Die Edikte der Ädilen sind nur für den Marktverkehr von Bedeutung gewesen; erinnert sei hier an die ädilitischen Klagen (actio redhibitoria und actio quanti minoris).

Dagegen waren die Edikte der Prätoren für die Entwicklung des gesamten römischen Rechts von größter Bedeutung. Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam (7,1 D. 1,1).

Die Prätoren gaben bei Amtsbeginn in einer Verordnung bekannt, was in ihrem Amtsjahre Rechtens sein sollte (lex annua); dies wurde auf weißen Tafeln (album praetoris) öffentlich aufgestellt. Gewisse Sätze wurden von einem Prätor zum andern übernommen: edictum tralaticium und so gewann das prätorische Edikt allmählich einen festen Bestand und wurde zu Beginn der Kaiserzeit faktisch perpetuum, d. h. unabänderlich, gesetzlich wurde es perpetuum durch die Neu-Redaktion und Verschweißung des Edikts des praetor urbanus und peregrinus, die Julianus auf Anordnung Hadrians (117—138) im Jahre 129 n. Chr. etwa bewirkte (edictum perpetuum).

Zu dem Edikte wurden viele Kommentare geschrieben, der berühmteste ist der von Ulpian (Anfang des 3. Jahrh.) in 83 Büchern.[1]) Diese Kommentare wurden für die Digesten Justinians stark exzerpiert (Ediktsmasse). Von dem Edikt selber ist uns nichts erhalten. Aus den in den Exzerpten enthaltenen Sätzen des Edikts hat man versucht, selbiges zu restituieren. Es ist hier besonders zu erwähnen Lenel, das edictum perpetuum, Leipzig 1883 und Bruns, fontes iuris romani antiqui.

Der Inhalt des Edikts bestand gemäß der römischen Anschauung im wesentlichen aus Aktionen (nicht materiellen Rechtssätzen), denen Exzeptionen, Interdikte und die prätorischen Stipulationen folgten. Ein Zitat aus dem prätorischen Edikte wird in den Digesten eingeführt mit den Worten: Ait praetor oder verba edicti talia sunt.

Dem prätorischen Edikte war im edictum perpetuum das ädilizische angefügt.

§ 16. Principum Placita.

Von Erlassen (Konstitutionen, Placita) der Kaiser unterscheidet man:

1) **Edicta**, die der Kaiser wie der Prätor vermöge des ihm als allumfassendem Magistrate zustehenden jus edicendi erließ.[2]) Sie sind allgemeine Erlasse, in der ersten Kaiserzeit, wo zunächst Senatuskonsulte die alten leges latae ablösten, für das Privatrecht aber von geringer Bedeutung. Diese Edikte wurden in das Edikt des Prätors aufgenommen, denn beispielsweise sagt Ulpianus libro vicensimo nono ad edictum 2 D. ad Sct. Vellejanum

[1]) liber (Buch) ist eine Papyrusrolle, welche etwa 1500 bis 2500 Zeilen zu 85 Buchstaben umfaßt.

[2]) Vgl. Karlowa I S. 646 f.



16,1.[1]): Et primo quidem temporibus divi Augusti, mox deinde Claudii edictis eorum erat interdictum, ne feminae pro viris suis intercederent. Dies Verbot wurde durch das Senatuskonsult verallgemeinert.

2) **Mandata**: Instruktionen an höhere Beamte.

3) **Decreta**: Entscheidungen des Kaisers als höchsten Richters im Einzelfall, aber von der präjudiziellen Bedeutung aller höchstgerichtlichen Entscheidungen. Vgl. das decretum divi Marci in 13 D. quod metus causa gestum erit 4,2.

4) **Rescripta**. Sie wurden wie die Dekrete seit Hadrian (117—138), der dem aus Juristen (consiliarii Augusti) bestehenden consilium, später auditorium principis eine feste Gestaltung gab, im Anschluß hieran von großer Bedeutung.

Sie waren Rechtsbelehrungen, die auf Anfrage an Private oder Behörden (an diese erging das Reskript als epistola) ergingen, zwar auch oft nur wie die Dekrete für den einzelnen Fall bestimmt, eventuell aber von allgemeiner Bedeutung.

Dekrete wie Reskripte wurden gesammelt in commentarii, aber nicht veröffentlicht.

Die Zahl der kaiserlichen Konstitutionen wurde mit der Zeit eine ungeheuere, von Diokletian allein sind uns gegen 1300 bekannt, die Auswahl und Anwendung wurde eine schwierige und unsichere, trotz privater Sammlungen von Konstitutionen (durch Papirius Justus z. Z. Marc Aurels 161—180, durch den codex Gregorianus um 300 n. Chr. und codex Hermogenianus

---

[1]) Vgl. diese Lex auch wegen der Form eines Senatuskonsults, hier des uns wörtlich erhaltenen Sct. Vellejanum.

um 350 n. Chr.). Daher erklärte Konstantin (306—37) die mit dem bestehenden Rechte nicht übereinstimmenden Konstitutionen für unanwendbar. Arkadius verbot 398 n. Chr. speziell die Verwendung von Prozeßreskripten für andere Prozesse, aber ohne durchgreifenden Erfolg. Es machten sich neben den erwähnten Privatsammlungen auch amtliche Sammlungen von Konstitutionen notwendig. Es wurde 438 der von Theodosius II. veranlaßte codex Theodosianus,[1]) enthaltend die Konstitutionen seit Konstantin, veröffentlicht und gleichzeitig festgestellt, daß die Kaiser der beiden Reichshälften sich in Zukunft ihre Erlasse, novellae leges (Posttheodosianae), zu gegenseitiger Publikation zusenden sollten. Dieser Codex ist im Justinianischen Codex vielfach benutzt.

Unter den Konstitutionen gewannen mit der Zeit, etwa seit Diokletian, die Reskripte als leges edictales die Oberhand, wie auch seitdem andere Rechtsquellen neben den kaiserlichen Erlassen nicht mehr von Belang waren. Das Kaiserrecht ist das jus novum, extraordinarium.

§ 17. Geschichte der römischen Rechtswissenschaft. (Responsa Prudentium).

I. Die Zeit der Republik.

Das römische Recht war lange Zeit Geheimnis der Priester.

Es wurde zwar das Recht im Jahre 450 v. Chr. auf den 12 Tafeln aufgeschrieben. Aber et interpretandi scientia et actiones apud collegium pontificum erant,

[1]) Uns fast vollständig im Wortlaut erhalten; berühmte Ausgabe von Jacobus Gothofredus (1587—1652 in Genf) mit reichhaltigem Kommentar.

ex quibus constituebatur, quis quoquo anno praeesset privatis (l. 2, 6 D. de origine iuris et omnium magistratuum et successione prudentium 1, 2).

Nur ganz allmählich schwand der Einfluß der Pontifizes und ihre Geheimnistuerei. Im Jahre 336 wurde der erste plebejische Prätor gewählt. Im Jahre 304 verriet Gn. Flavius, der Sekretär des Zensors Appius Claudius Caecus,[1]) das ganze von den Priestern geheim gehaltene Legisaktionensystem nebst Gerichtskalender (jus Flavianum). Im Jahre 300 v. Chr. wurde durch eine lex Ogulnia den Plebejern der Zutritt zum Amte der Auguren und Pontifizes gewährt.

Erster plebejischer pontifex maximus wurde 254 v. Chr. Tib. Coruncanius. Er wird der Vater der römischen Rechtswissenschaft genannt, weil er primus profiteri coepit (2, 38 D. 1, 2), als Erster das Recht und zwar publice (l. 2, 35 cit.), jedem zugänglich, lehrte.[2]) Schriften sind von ihm nicht erhalten.

Nächst ihm ist von den veteres, den Juristen zur Zeit der Republik, von Bedeutung Sextus Aelius Paetus Catus, 204 v. Chr., der eine Erweiterung des jus Flavianum, das jus Aelianum schuf in seinen Tripertita. Pomponius nennt sie in l. 2, 38 D. 1, 2 veluti cunabula iuris und erklärt: tripertita autem dicitur, quoniam lege duodecim tabularum praeposita iungitur interpretatio, deinde subtexitur legis actio.

Von Quintus Mucius, gest. 82 v. Chr., sagt Pomponius in § 41 cit.: ius civile primus constituit generatim in libros decem et octo redigendo, d. h. er

---

[1]) Centemmanus (der Hunderthändige), Erbauer der Via Appia, Erfinder des Buchstabens R; vgl. 2,36 D 1,2.

[2]) Über den bis dahin bestehenden juristischen Zunftzwang vgl. Jhering III, S. 407. Vgl. auch die Einrichtung der inns in England.

bearbeitete das jus civile zuerst systematisch [1]). Sein berühmtester auditor (Schüler) ist

Aquilius Gallus, von dem die formula (actio) de dolo malo stammt (Cicero de nat. deor. III. 30, 74); vgl. auch 18 D. de accept. 46, 4 (stipulatio Aquiliana) und 29 pr. D. de lib. et poss. 28, 2 (postumi Aquiliani).

Aus der letzten Zeit der Republik ist noch der hochangesehene Systematiker **Servius Sulpicius Rufus** zu erwähnen, der ursprünglich neben Cicero der berühmteste orator war und sich erst in reiferem Alter der Jurisprudenz zuwandte. Seinen zahlreichen Schriften rühmt man ars, Eleganz der Form und Sprache, nach. Er ist Verfasser des ersten Edikts-Kommentars. In den Quellen heißt er kurz Servius (Vgl. 2, 48 D. 1, 2).

Die Tätigkeit der prudentes, iuris consulti bestand in

a) respondere, Erteilung von Gutachten an Private, Richter und Anwälte,
b) cavere = Notariat,
c) agere = Anwaltstätigkeit,
d) scribere = schriftstellerische Tätigkeit,
e) profiteri, audire, instituere, instruere = Unterricht erteilen.

Die Bedeutung der Jurisprudenz ergibt sich aus 2, 5 D. 1, 2: ius, quod sine scripto venit compositum a prudentibus, . . . appellatur jus civile (in Gegenüberstellung zum ius scriptum der 12 Tafeln), auf der

[1]) Von ihm stammen die cautio und praesumtio Muciana. Jhering, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts S. 40, setzt von Quintus Mucius an den Beginn der neuen Aera römischer Rechtswissenschaft und bezeichnet wohl mit Recht als Anlaß den Einfluß der in Rom wirkenden griechischen Rhetoren und Grammatiker.

bloßen auctoritas der Juristen konnte sich Gewohnheitsrecht aufbauen.

II. Die Juristen[1]) der Kaiserzeit.

Unter den Quellen des scriptum ius waren in § 3 J. 1, 2 auch die responsa prudentium genannt. Zur Erklärung heißt es in § 8 cit.: Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum, quibus permissum erat iura condere. nam antiquitus (nämlich durch Augustus) institutum erat, ut essent qui iura publice interpretarentur, quibus a Caesare ius respondendi datum est, qui iuris consulti appellabantur. quorum omnium sententiae et opiniones eam auctoritatem tenent, ut iudici recedere a responso eorum non liceat, ut est constitutum. Widersprachen sich aber responsa, dann war der Richter nicht gebunden, wie Hadrian (117—138) ausdrücklich bestimmte (vgl. Gajus 1, 7). Die responsa mußten von den so privilegierten Juristen (iuris conditores, auctores) schriftlich und versiegelt erteilt werden.

Da der Richter durch das responsum gebunden war, so wurde mit demselben formelles Recht, ius scriptum, geschaffen (anders wie bei der bloßen auctoritas der Veteres), zumal die zunächst nur für den einzelnen Fall erteilten responsa wie die Dekrete und Reskripte allgemeine Bedeutung erlangten. Ihre Zahl wurde wie die der Reskripte derart groß, daß gesetzliche Einschränkungen (vgl. unten Kassiergesetz, Zitiergesetz) notwendig wurden.

Das jus respondendi ist von den Kaisern wahrscheinlich eingeführt worden, um Einfluß auf die Rechts-

---

1) Zur vollen Erkenntnis des r. R. ist bei dem kompilatorischen Charakter der Digesten die Kenntnis der wichtigeren Daten über die römischen Juristen unbedingt nötig, besonders um einen Ausgleich divergierender Sätze zu finden.

entwicklung zu gewinnen.[1]) Es kam im 3. Jahrhundert wieder ab. Ersatz waren die rescripta principis.

A. Vorklassische Zeit.

Der römischen Jurisprudenz des 1. und 2. Jahrhunderts n. Chr. wird der Stempel aufgedrückt durch den Gegensatz zwischen den Schulen der Sabinianer und Prokulianer.

Die Sabinianer haben ihren Namen von Sabinus, dem Schüler des Capito, des Ersten der Schule.

Die Prokulianer haben ihren Namen von Prokulus, einem Nachfolger des Labeo, des Ersten der Schule. Capito wie Labeo lebten zur Zeit des Augustus.

Über den allgemeinen Gegensatz von Prokulianern und Sabinianern ist man sich nicht klar, ebensowenig wie über den zwischen Labeo und Capito. So viel weiß man, daß ersterer der politischen Gesinnung nach Republikaner war und bei aller Selbständigkeit der geschichtlichen Entwicklung Rechnung trug, letzterer ein Anhänger des Augustus und von praktischer Veranlagung war. Man hat sich gewöhnt, Labeo als den bedeutenderen anzusehen.

Über Streitfragen vgl. Gajus I, 135, 196 (Mündigkeit). II, 15, 79, 123, 195, 200, 217, 231, 244. III, 70, 87, 133, 140, 147, 161, 178. IV, 59, 79, 144 (der Satz der Sabinianer: omnia iudicia esse absolutoria, der im Gegensatz zu den Prokulianern Geltung erlangte). Gajus selber war Sabinianer. Aus den angeführten Stellen ergibt sich, daß von Sabinianern vorzugsweise Sabinus und Cassius, nicht Capito, genannt werden, die Prokulianer sind bei Gajus bezeichnet als auctores diversae scholae.

Von einzelnen Mitgliedern der beiden Schulen sind zu nennen:

---

[1]) Vgl. 2,49 D. 1,2.

1. Prokulianer.

Labeo, Marcus Antistius, war im Gegensatz zu Capito ein sehr fruchtbarer Schriftsteller, er soll 400 volumina hinterlassen haben (2, 47 D. 1, 2), darunter Kommentare zu den 12 Tafeln und zum prätorischen Edikte. Von seinen Schriften finden sich in Justinians Digesten exzerpiert Probabilium libri VIII.

Proculus entfaltete bis über Nero hinaus eine reiche Tätigkeit als Respondent, Lehrer und Schriftsteller.

Pegasus, Urheber des Sct. Pegasianum unter Vespasian (69—79).

Neratius Priscus, unter dem besten Kaiser Trajan (98—117), von diesem anfänglich als Nachfolger ausersehen.

P. Juventius Celsus der Sohn, Konsul 129 n. Chr., Ratgeber Hadrians, der bedeutendste Vertreter der Schule neben Labeo, von der Größe der klassischen Zeit. Nach ihm sind benannt das Sct. Juventianum und die condictio Juventiana. Seine 39 Bücher Digesten sind in Justinians Digesten exzerpiert. Von ihm stammt der klassische Ausspruch: Scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, 17 D. 1, 3.

2. Sabinianer.

Capito war wie Labeo als Jurist maximae auctoritatis (2, 47 D. 1, 2). Es ist aber fast nichts von ihm in den Quellen erwähnt. Jedenfalls war sein Nachfolger

Massurius Sabinus,[1]) unter Tiberius, von nicht geringerer Bedeutung, trotz bescheidener Herkunft

[1]) Karlowa I S. 686 vermutet, daß er der erste Jurist war, der aus dem Rechtsunterricht „einen ihn auch ernährenden Lebensberuf gemacht hat."



von Tiberius auf Grund der Verordnung des Augustus als erster mit dem jus respondendi ausgezeichnet, schuf in seinen libri tres juris civilis ein grundlegendes Werk, das von Pomponius, Ulpian und Paulus (ad Sabinum) kommentiert wurde und mit diesen Kommentaren zusammen die Sabinusmasse der Digesten bildet.[1])

Cassius, unter Tiber und Claudius, bearbeitete im Anschluß an Sabinus das Zivilrecht in ausführlicher Weise. Sabinus und Cassius (übrigens Nachkomme des Mörders Cäsars) werden oft zusammen zitiert.

Von ganz hervorragender Bedeutung für die römische Rechtswissenschaft war der Zeitgenosse des Prokulianers Celsus, der Sabinianer.

Salvius Julianus, Mitglied des consistorium principis unter Hadrian (117—138), von diesem mit der Ordnung des prätorischen Edikts betraut (edicti ordinator), noch von Justinian bezeichnet als summus auctor iuris scientiae (in l. 15, 1 C. 3, 33). Sein Hauptwerk ist: Digestorum libri XC, nach dem System des Edikts, jedoch mit Einschaltung der dem ius civile angehörigen Materien. Sie sind wahrscheinlich das Vorbild der justinianischen Digesten gewesen. Julian wurde so häufig wie kein anderer zitiert. Karlowa I S. 709 charakterisiert die überragende Bedeutung des Sabinianers Julian dahin: „Alles wurde sabinianisch.[2]) Die Prokulianer starben aus."

Zu erwähnen sind von Sabinianern noch:

Sextus Cäcilius Afrikanus, Schüler Julians, Verfasser einer Sammlung scharfsinniger, schwieriger

---

[1]) Es ist der Versuch einer Rekonstruktion dieser Bücher gemacht worden, der nach Karlowa I S. 687 nicht ganz bodenlos ist.

[2]) Derartige phrasenhafte Schlagworte schießen natürlich meist über das Ziel hinaus. Tatsächlich erhielten nicht wenige proku-



Rechtsfälle (Quästionen), weshalb man eine schwierige Rechtsfrage als lex Africani bezeichnet. Wenn es in diesen Quästionen heißt: ait, respondit, negavit, so ist Julianus gemeint[1]) (vgl. z. B. 19 pr. D. 16, 1).

Sextus Pomponius, Zeitgenosse Julians, Rechtshistoriker, äußerst fruchtbarer Schriftsteller, Verfasser u. a. eines liber singularis enchiridii, aus dem die hier wiederholt zitierte, rechtshistorische l. 2 D. de origine iuris 1, 2 genommen ist.

Ulpius Marcellus, unter Marc Aurel, Verfasser eines hervorragenden Digestenwerks.

Gajus. Gajus ist der für unsere heutige Kenntnis der Entwicklung des römischen Rechts wichtigste Jurist. Er lebte etwa zur Zeit Marc Aurels (161—180). Ämter bekleidete er nicht, das jus respondendi hatte er auch nicht, Lehre und Unterricht waren seine Haupttätigkeit. Der Ort seines Wirkens ist unbekannt, Mommsen sieht ihn als Provinzialjuristen an (in Kleinasien oder Syrien), Karlowa I S. 722 nimmt wie Dernburg Rom als Wohnsitz an, wo Karlowa ihn an einer Zweigschule für Peregrinen wirken läßt. Daraus erklärt er auch die vorzugsweise Beschäftigung des Gajus mit dem edictum provinciale (im Gegensatz zum edictum urbanum). Bei dem Mangel einer offiziellen Beamtenstellung und als Lehrer von noch nicht als voll angesehenen Peregrinen (vgl. Karlowa I S. 722) wurde Gajus zunächst wenig beachtet und nicht zitiert; sein Lehrgeschick war aber ein bedeutendes, seine Lehrschriften hochgeschätzt, seine Anerkennung auch seitens der Juristen wuchs und er wurde sogar im Zitiergesetz Valentinians als maß-

---

kulianische Lehren vor den sabinianischen im Laufe der Entwicklung den Vorzug.

1) Karlowa I S. 714.

gebend erwähnt. In den Pandekten ist er an 535 Stellen extrahiert.

Den Namen des Gajus macht sein Institutionenlehrbuch: Gaii institutionum juris civilis commentarii quattuor zu einem unvergänglichen. „Ein günstiges Geschick hat es gefügt, daß dieses Werk, das einzige aus der klassischen Literatur, uns fast vollständig und durch unmittelbare Überlieferung erhalten ist. Es ist keines zu denken, dessen Erhaltung für das Verständnis des römischen Rechts bedeutsamer gewesen wäre. Aus diesem Grunde knüpft sich an Gajus' Namen eine neue Ära wissenschaftlicher Erkenntnis. Der Stein, den die Bauleute (Zeitgenossen) verworfen, ist zum Eckstein geworden" (Esmarch S. 397).

Die Institutionen des Gajus waren das Vorbild gewesen für die Justinianischen Institutionen, und nur hieraus waren sie — abgesehen vom Breviarium Alaricianum — bis zum Anfang des 19. Jahrhunderts bekannt.[1] Im Jahre 1816 fand Niebuhr, der bedeutende Geschichtsforscher, in der Bibliothek des Domkapitels von Verona[2] außer einem Blatte aus den Institutionen des Gajus in einem mit den Epistolae des Kirchenvaters Hieronymus überschriebenen Palimpseste (überschriebene Pergamenthandschrift) das Werk eines alten Juristen (wie er meinte, Ulpians) auf. Auf Veranlassung von Savigny, welcher in der Urschrift eine Handschrift der Institutionen des Gajus vermutete, entzifferte Göschen (mit dem Studenten Bethmann-Hollweg) im Auftrage der preußischen Akademie der Wissenschaften

---

[1]) Genaues bei Karlowa I S. 759 f. In der Institutionen-Ausgabe Krügers sind die aus Gajus entnommenen Verse mit Häkchen versehen.

[2]) Wo er sich auf der Durchreise nach Rom befand, um hier als preußischer Gesandter die Unterhandlungen zu führen, deren Ergebnis 1821 die Bulle de salute animarum war.

1820 den größten Teil der Handschrift, die sich als die Institutionen des Gajus herausstellte. Durch spätere Lesungen von Bluhme 1824, Böcking, Studemund 1868, Huschke, Krüger und Mommsen wurde der Inhalt weiter bekannt und richtiggestellt. Drei Blätter der wahrscheinlich im fünften Jahrhundert[1]) in Unzialschrift (uncia = Zoll, großer Buchstabe) gefertigten Handschrift sind verloren gegangen.

Die Institutionen des Gajus sind für uns das wichtigste Erkenntnismittel des klassischen römischen Rechts und insbesondere auch des römischen Zivilprozesses. Ihre Bedeutung als Lehrmittel[2]) schon für die Römer liegt in der unübertroffen anschaulichen und durchsichtigen Darstellung und in der vielfachen Anführung der Kontroversen zwischen Sabinianern und Prokulianern; daß hiermit vor allem ein Lehrzweck verfolgt wurde, ergibt sich daraus, daß der Schulenstreit schon mit Salvius Julianus, vorwiegend im Sinne der Sabinianer, so gut wie entschieden war.[3])

Die Institutionen des Gajus sind eingeteilt gemäß Gajus 1, 8, de iuris divisione: omne autem jus quo utimur uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones. Demgemäß behandelt das erste Buch Personen- und Familienrecht, das zweite und dritte Sachen-, Erb- und Obligationenrecht, das vierte Prozeßrecht.

Außer den Institutionen hat Gajus noch vieles andere geschrieben. Erwähnt seien seine wohl im Anschluß an die Institutionen geschriebenen, teilweise in Justinians Digesten exzerpierten res quotidianae, Fälle des täglichen Lebens, und seine Kommentare zu den 12 Tafeln und Edikten.

---

1) Vgl. Karlowa I S. 760.

2) Dernburg bezeichnet sie als Kollegienheft, dagegen Karlowa S. 724.

3) Vgl. Karlowa I S. 709 und oben.

B. Die klassische Zeit (Zeit der Severe, der Soldatenkaiser).

Die Kaiser begünstigten das Emporblühen der Privatrechtswissenschaft als Gegengewicht gegen ihre politischen, die Selbständigkeit von Volk und Senat ganz verdrängenden Bestrebungen.

Als die Heroen der klassischen Zeit bezeichnet man das Dreigestirn: Papinian, Ulpian, Paulus.

Aber schon Salvius Julianus reicht an Größe an diese heran, wie nicht minder

Qu. Cervidius Scävola[1]), der noch unter Septimius Severus (193—211) lebte und Lehrer war des Kaisers Septimius Severus, des Papinian und wohl auch Paulus. Mit ihm begann die Reihe der großen Provinzialen, welche die römische Jurisprudenz auf den Gipfelpunkt ihrer Vollendung führten (Karlowa S. 733). Es waren keine Stadt-Römer mehr, die die Führung der Entwicklung hatten. Die Digesten- und Quästionenbücher Scävolas werden zu den hervorragendsten Erzeugnissen der kasuistischen Literatur gezählt.

Aemilius Papinianus, Schüler des vorigen, stand seit seiner Jugend in enger Beziehung zu dem späteren Kaiser Septimius Severus, scheint wie dieser ein Provinziale gewesen zu sein, bekleidete als Nachfolger des Severus das Amt eines advocatus fisci und wurde unter Severus praefectus praetorio (Reichskanzler)[2]). Severus empfahl ihn seinen Söhnen Antoninus (Caracalla) und Geta als Ratgeber. Nachdem ersterer sich durch Ermordung seines Bruders zum Alleinherrscher gemacht hatte, ließ er im Jahre 212 auch Papinian,

---

[1]) Vgl. die griechisch geschriebene lex 18,2 D. 27,1 von Modestin.

[2]) Als der erste Jurist, der diese Würde erlangte.



den „störrigen Pedanten", töten, weil dieser sich weigerte, den Brudermord zu rechtfertigen.

Die Hauptwerke Papinians sind Responsen- und Quästionenbücher. In den Digesten Justinians sind von ihm 595 Fragmente, die den Grundstock der Papiniansmasse bilden.

Neben dem Scharfsinn, der auch Afrikanus und Scävola eigen war, rühmt man den Schriften Papinians Prägnanz und Plastik des Ausdrucks, großen juristischen Takt und sittliche Größe nach. In dem Zitiergesetz Valentinians hat Papinian eine vor allen Juristen bevorzugte Stellung.

Ein unwesentliches Originalbruchstück aus den Responsen Papinians befindet sich unter den „Berliner Fragmenten" im Königlichen Museum zu Berlin, 1877 in Ägypten angekauft.

Domitius Ulpianus bezeichnet sich selber in l. 1 pr. D. de censibus 50, 15 mit Stolz als aus dem phönizischen Tyrus gebürtig, er war assessor in dem von Papinian als praefectus praetorio geleiteten consistorium principis und wurde unter Alexander Severus im Jahre 222 selber praefectus praetorio, war den Prätorianern verhaßt und wurde von ihnen 228 ermordet. Ulpian war bei weitem fruchtbarer als Papinian, aber nicht so original wie dieser, sondern mehr reproduktiv-kompilatorisch tätig; seine Hauptwerke sind Kommentare ad Sabinum (also Zivilrecht) und ad Edictum (also jus praetorium). Seinem Stile rühmt man Gefälligkeit und Eleganz,[1]) dem Inhalt seiner Schriften Gediegenheit des Gehalts nach. In Justinians Digesten ist er am stärksten mit 2462 Fragmenten (fast $^1/_3$ aller Exzerpte) vertreten.

---

[1]) Während bei Papinian von einem granitenem Wortgefüge gesprochen wird (Esmarch S. 408).

Von Ulpian ist uns erhalten ein wertvoller Auszug (epitome) aus seinem als Repetitorium zu Unterrichtszwecken geschriebenen liber singularis regularum (sogen. fragmenta, zitiert Ulp. Fragm.), dessen Handschrift sich im Vatikan befindet. Ulpians Fragmente zeichnen sich durch klare Darstellung aus und sind für die Erkenntnis des älteren Rechts vielfach bedeutsam.

Julius Paulus. Über seine Herkunft ist nichts bekannt. Lange Zeit hielt man Padua für seine Geburtsstätte. Sein Leben und Wirken zeigt viel Ähnlichkeit mit dem Ulpians. Wie dieser war er assessor Papinians und wurde auch nach Ulpians Ermordung praefectus praetorio unter Alexander Severus. Wie Ulpian schrieb er einen Edikts- und Sabinuskommentar, ein populäres Rechtsbuch (sententiae receptae) und ein Institutionenlehrbuch. An Fruchtbarkeit übertrifft er noch Ulpian, in den Digesten Justinians ist er aber mit weniger Fragmenten, nämlich 2080, vertreten. Eine Eigenart des Paulus bildet die Vorliebe für Monographien. Seine Ausdrucksweise ist lediglich auf das Sachliche gerichtet und legt auf Äußerlichkeiten keinen Wert, wodurch sie sich — nicht zu ihrem Vorteil — von Papinians und Ulpians Stil unterscheidet. Der Inhalt seiner Schriften ist aber nicht weniger gediegen als derjenige Papinians und Ulpians.

Von Paulns sind uns teilweise erhalten seine sententiarum ad filium libri quinque in der lex Romana Visigothorum, genannt Pauli receptae sententiae,[1]) weil sie — als kurzes Handbuch von der Praxis sehr geschätzt — im Zitiergesetz Valentinians und anderweit offizielle Anerkennung (receptae) erlangten.

---

[1]) sententiae (opiniones) prudentium sind allgemein von den mit dem jus respondendi begabten Autoritäten anerkannte Rechtssätze.

Zu den Klassikern ist noch zu rechnen

Herennius Modestinus, Schüler Ulpians, von unbekannter Herkunft, er schreibt bereits viel griechisch, ist stark in Aufstellung von Definitionen[1]) und allgemeinen Regeln, reicht an Bedeutung nicht an die Vorgenannten heran, ist aber als maßgebend im Zitiergesetz Valentinians aufgeführt.

C. Die nachklassische Zeit.

Mit Erreichung des Höhepunktes ist auch fast das Ende der römischen Jurisprudenz gegeben.

Von größerer Bedeutung ist nur noch Aelius Marcianus, ungefähr mit Modestin gleichzeitig. Hervorzuheben sind von ihm ein liber singularis ad formulam hypothecariam und Noten zu Papinian.

Ferner sind noch zu nennen Hermogenianus und Arkadius Charisius, um 350 n. Chr., weil sich von ihnen im Corpus iuris Fragmente befinden.

Die Praktiker bemühten sich hinfort, den ins Ungeheure angeschwollenen Rechtsstoff zu verarbeiten, was nur mit schwerer Mühe geschah. Zwei Gesetze mußten der durch den Überfluß geschaffenen Verwirrung einen Damm setzen, das sogen. Kassiergesetz und das sogen. Zitiergesetz.

a) Das Kassiergesetz wurde 321 von Konstantin erlassen und nahm den Noten des Ulpian und Paulus zu Papinians Schriften ihre rechtliche Bedeutung, was sich auch für die Noten Marcians verstand.

---

[1]) Esmarch S. 406 bezeichnet nicht mit Unrecht die Definition der Ehe durch Modestin libro primo regularum 1 D. de ritu nuptiarum 23,2 als zu den Perlen der Jurisprudenz gehörig: Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio.

b) Das Zitiergesetz wurde 426 von den Kaisern Theodosius II. und Valentinian III. erlassen und gebot:

1) Die sententiae des Paulus gelten absolut.
2) In allen durch diese nicht entschiedenen Fragen sind maßgebend die Ansichten von Papinian, Paulus, Ulpian, Gajus und Modestin, sowie aller von diesen zitierten Juristen.
3) Bei Meinungsverschiedenheiten entscheidet die Mehrheit, bei Stimmengleichheit Papinian, bei dessen Schweigen der Richter selber.
4) Das Kassiergesetz wird bestätigt.

D. Rückblick über die verschiedenen Richtungen in der Literatur der Kaiserzeit.[1])

1. Werke über das ius civile.

a) Systeme. Das System des Sabinus blieb grundlegend, spätere Bearbeiter des ius civile wie Pomponius, Ulpian und Paulus schrieben lediglich Commentare ad Sabinum.

b) Kommentare. Zu den 12 Tafeln schrieb Gajus einen Kommentar. Vielfach kommentiert wurde die lex Julia et Popia Poppaea.

c) Monographieen wurden vor allem von Paulus geschrieben.

2. Werke über das jus honorarium, hauptsächlich Kommentare vor der Ordination des edictum perpetuum durch Julianus im Jahre 129 und Kommentare zum geordneten edictum perpetuum. Zu nennen sind die Kommentare des Gajus, vor allem aber die breit angelegten Werke des Ulpian und Paulus.

---

[1]) Vgl. Esmarch S. 407—419.

3. Digesten sind Verarbeitungen von jus civile und honorarium. Hier ist an erster Stelle das Digestenwerk Julians, des ordinator edicti, zu erwähnen, außerdem das des Juventius Celsus, Marcellus und des Cervidius Scävola.

4. Werke über das jus extraordinarium, jus novum, Kaiserrecht, hauptsächlich gebildet aus Senatuskonsulten und Konstitutionen. Dieselben wurden teils in allgemeine Darstellungen eingearbeitet, mit Vorliebe aber in Monographien behandelt.

5. Kasuistische Schriften. Die Kasuistik, Behandlung einzelner Rechtsfälle, findet sich zwar als Charakteristikum in fast allen römischen Juristenschriften, doch gab es Werke, die sich ganz vorwiegend mit einzelnen Fällen beschäftigten. Dies sind die libri responsorum oder epistolarum, auch quaestionum, disputationum. In der Kasuistik zeigt sich die Größe römischer Jurisprudenz. Obenan stellt man hier Papinian, hinter ihm folgen Celsus, Afrikanus, Scävola, Paulus. Ulpian tritt hier weniger hervor.

6. Lehrschriften. Für die Römer von großer und für uns von größter Bedeutung sind Gaii institutionum libri quattuor. Nächst ihm ist für uns der liber singularis enchiridii des Pomponius von hohem Werte. Institutionenlehrbücher schrieben auch die Reichskanzler (praefecti praetorio) Ulpian und Paulus.

Zu den Lehrbüchern gehören auch die libri regularum, kurz formulierte Leitfaden, u. a. von Gajus, Papinian, Ulpian, Paulus verfaßt, alles Juristen, die sich nachweislich auch mit dem Rechtsunterricht befaßt haben.

7. Anhang.

Von nicht geringer Bedeutung für unsere Erkenntnis des römischen Rechts sind auch Schriften von Histo-

rikern, Rhetoren, Grammatikern, ja sogar Dichtern. Zu erwähnen sind hier besonders die Historiker Varro, 116—27 v. Chr., antiquitates; Titus Livius; Tacitus; der Redner Cicero, 106—43 v. Chr., de legibus, Pro Murena; die Grammatiker Festus, (3. Jahrhundert) de verborum significatione; Gellius, noctes Atticae; die Dichter Horatius, (65—8 v. Chr.) Ovidius, Juvenalis.

2. Abschnitt.

Die Kodifikation Justinians.

§ 18. Kodifikationsbestrebungen und partikuläre Kodifikationen vor Justinian.

Als erste Kodifikation römischen Rechts sind die 12 Tafeln zu bezeichnen.

Später hatte Cäsar eine neue Kodifikation beabsichtigt und dafür seinen Ratgeber Aulus Ofilius, den Schüler des Servius, Lehrer des Capito, in Aussicht genommen; sie unterblieb infolge der Ermordung Cäsars (44 v. Chr.).

Eine sachlich partikuläre, nur auf kaiserliche Konstitutionen bezügliche Kodifikation ist der früher erwähnte codex Theodosianus von 438.

Örtlich partikuläre Kodifikationen sind die in den auf römischem Boden entstehenden Germanenreichen gemäß dem deutschrechtlichen Personalitätsprinzipe erlassenen leges Romanae (im Gegensatz zu den leges barbarorum). Sie sind für die Erkenntnis des vorjustinianischen Rechts bedeutsam. Zu nennen sind:

1. lex Romana Visigothorum (breviarium Alaricianum), von Alarich II. 506 für die Römer

des Westgotenreichs (Spanien, Südfrankreich) geschaffen, enthält ein Epitome (Auszug) Gaii (der westgothische Gajus), Pauli Receptae Sententiae und Konstitutionen (hauptsächlich aus dem codex Theodosianus). Sie ist uns in vielen Handschriften überliefert und wurde in Südfrankreich erst im 12. Jahrhundert durch das Eindringen des Corpus iuris ersetzt.

2. lex Romana Burgundionum (auch Papianus, verstümmelt statt Papinianus, genannt), um 500 für die Römer des Burgunderreichs (Rhonetal) zusammengestellt aus den Konstitutionen, Gajus und Paulus.

3. Edictum Theodorici, um 500 von dem Ostgoten Theodorich dem Großen aus Konstitutionen und Pauli sententiae für Ostgoten (Italien) und Römer zusammengestellt.

§ 19. Übersicht über den Gang der justinianischen Kodifikation.

Justinian, in Illyrien von slavischen Eltern geboren, folgte 527 seinem Onkel Justinus auf dem oströmischen Kaiserthron und regierte zu Konstantinopel[1]) bis 565. Bei seinem Regierungsantritt war Italien von den Ostgoten, Nordafrika von den Vandalen besetzt. Ostgoten wie Vandalen wurden 534 und 555 von Justinians Feldherren Belisar und Narses niedergeworfen.

Schon lange hatte man das Bedürfnis nach einer Kodifikation des ius (Juristenrechts) und der leges (Konstitutionen), wie die nachklassische Einteilung war, empfunden. Durch die weströmischen Kodifikationen

[1]) Seit 330 alleinige Hauptstadt, wenn das Reich nicht in Ostrom und Westrom getrennt war.

mag der Ehrgeiz des tatkräftigen und juristisch erfahrenen Justinian auch noch angestachelt gewesen sein (Karlowa I. S. 1006), sodaß er den Plan einer Kodifikation faßte. Den besten Helfer hierfür hatte er in seinem Justizminister (quaestor sacri palatii) Tribonian.

Die Riesenarbeit ließ sich nur schrittweise vollführen. Sie wurde aber in unglaublich kurzer Zeit geleistet. Die einzelnen Stufen sind:

1) Vorarbeiten.
   a) vetus codex 528—529,
   b) liber quinquaginta decisionum 529—34.
2) Digesta (Pandectae)[1]) 530—33.
3) Institutiones 533 und eine Ordnung für das Rechtsstudium.
4) Codex repetitae praelectionis, 534.
5) Novellae, 535—565.

Den Namen Corpus iuris civilis hat das Gesetzgebungs-Werk Justinians erst in der Gesamtausgabe des Dionysius Gothofredus von 1583 erhalten.

§ 20. Die Vorarbeiten.

a) Vetus Codex. Zunächst wurden 528—529 die leges (Konstitutionen) gesammelt und gesichtet. Der so geschaffene Codex Justinianus wurde 529 veröffentlicht. Die 3 früheren Codices (Hermogeniani pp.) wie überhaupt die nicht aufgenommenen Konstitutionen wurden aufgehoben. Dieser Codex wird jetzt vetus genannt, weil an seine Stelle der von 534 trat. Es ist von ihm nichts überliefert.

1) Aus dem griechischen πάν und δέχομαι = alles enthalten.

b) Liber quinquaginta decisionum, Sammlung von Konstitutionen Justinians aus den Jahren 529—34, in denen er — im Interesse der Digesten-Abfassung — Streitfragen entschied, Veraltetes aufhob. Es ist uns hiervon nichts überliefert, ein Teil dieser Konstitutionen ging aber in den Kodex von 534 über.

§ 21. Die Digesten.[1])

1. Die Art der Abfassung.

Durch die constitutio Deo Auctore von 530 beauftragte Justinian eine Kommission mit Tribonian an der Spitze mit der auszugsweisen, systematischen Zusammenstellung des jus ohne Rücksicht auf das Zitiergesetz.

Die Kompilatoren[2]) gingen so vor — wie Bluhme 1820 nachgewiesen hat —, daß sie unter Befolgung einer im Rechtsunterricht gebräuchlich gewesenen Einteilung die Juristenschriften in mehrere Gruppen teilten und die Exzerpte nach diesen Gruppen aneinanderreihten. Darnach unterscheidet man in den Exzerpten der einzelnen Titel:

a) Sabinusmasse, mit den Werken über jus civile, deren Grundstock die libri ad Sabinum (Sabinuskommentare) bilden. Etwa $^2/_5$ der Gesamtmasse.
b) Die Ediktsmasse, ebenfalls $^2/_5$ der Gesamtmasse. Zu ihr gehören die libri ad Edictum, aber auch die Digesten des Celsus und Marcellus.
c) Die Papiniansmasse, kasuistische Schriften, besonders Papinian.

[1]) Von digerere, sammeln.
[2]) compilare = plündern.

d) **Die Appendix- oder Postpapiniansmasse: Anfügungen nach erfolgter Redaktion eines Titels.**

Exzerpiert sind die Schriften von 39 Juristen[1]), etwa $^1/_{20}$ der gesamten exzerpierten Rechtsliteratur. Am stärksten sind exzerpiert Ulpian (ca. $^1/_3$ der Digesten), Paulus ($^1/_6$), Papinian ($^1/_{18}$), Julianus ($^1/_{20}$), Pomponius und Cervidius Scävola ($^1/_{25}$), Gajus ($^1/_{30}$), Modestinus ($^1/_{45}$), Marcellus ($^1/_{60}$) u. s. w.

Bei der Masse der Exzerpte waren Irrtümer unvermeidlich entweder durch doppelte Aufnahme (leges geminatae) oder durch irrtümliche Einreihung (leges erraticae), auch blieben Antinomieen (Widersprüche) bestehen. Ferner sind die Exzerpte zum Teil interpoliert (gekürzt, auch modernisiert, ergänzt) worden (emblemata Triboniani).

2. **Einteilung.** Die Digesten sind nach dem Ediktssystem und nach dem Vorbilde der Julianischen Digesten geordnet. Sie zerfallen in 50 Bücher, diese — mit Ausnahme der Bücher 30—32 de legatis — in 432 tituli, unter welche die Exzerpte (Fragmente, leges) rubriziert sind. Die Exzerpte beginnen mit der inscriptio (Name und Schrift des Verfassers) und sind seit dem Mittelalter in Paragraphen mit einem vorstehenden principium geteilt. Zitiert wird gewöhnlich 7,1 D. de pactis 2,14 (lex, Paragraph, Buch, Titel), seltener 2,14, 7,1.

Libri terribiles (Strafrecht) sind die Bücher 47, 48.

Über den Inhalt der einzelnen Bücher vgl. Corpus Juris Civilis, ed. Krueger-Mommsen, Berolini, apud Weidmannos.

3. **Veröffentlichung.** Die Digesten wurden 533 als Justiniani iuris enucleati (herausgeschält) ex

---

1) Vgl. den Index Florentinus der Florentina.

omni vetere iure collecti Digestorum sive Pandectarum libri von Justinian durch die constitutio Tanta[1]) in Kraft gesetzt. Alles frühere Recht wurde außer Kraft gesetzt, die Anfertigung von Kommentaren verboten.

§ 22. Die Institutionen.

Zu Justinians Zeit gab es nicht mehr die freie Kraftentfaltung privater Rechtsschulen, sondern nur noch die Schablone[2]) staatlicher, besonders in Rom, Constantinopel und Berytus (Syrien) bestehender Rechtsschulen. Justinians Kodifikation machte die Neuordnung des Rechtsstudiums und die Neu-Abfassung eines kurzen Lehrbuchs an Stelle der veralteten, bis dahin benutzten Institutionen des Gajus notwendig.

So entstanden Justinians Institutionen. Sie wurden während der Abfassung der Digesten von drei Mitgliedern der Kommission: Tribonian, Theophilus und Dorotheus zusammengestellt. Sie sind fast nichts anderes als modernisierte Gajanische Institutionen, wie diese in 4 Bücher (diese aber noch in 98 Titel) geteilt, wobei Veraltetes — besonders Prozeßrecht — gestrichen, Neues — besonders Strafrecht — zugefügt wurde. Diese Institutionen wurden 533 als Lehrbuch und Gesetzbuch zugleich mit den Digesten in Kraft gesetzt. Gleichzeitig wurde die Dauer des Rechtsstudiums auf 5 Jahre erhöht und für diesen Zweck die Digesten in 7 partes auf die 5 Jahre verteilt. Die Institutionen waren natürlich der Anfang des Studiums.

---

1) Die inscriptio beginnt: In Nomine Domini Dei Nostri Jhesu Christi u. s. w. Vgl. Mommsen, Corpus iuris, Einleitung der Digesten.

2) Vgl. Esmarch S. 448. Zu beachten ist der Bildungsgang der englischen Juristen.

Zitiert werden die Institutionen: § 3 J. de iure 1,2 (Paragraph, Buch, Titel; keine leges).[1])

§ 23. Codex repetitae praelectionis.

Da während der Abfassung der Digesten neue Konstitutionen und Dezisionen ergangen waren, so machte sich die Neubearbeitung des codex (vetus) von 529 notwendig. Der neue codex repetitae praelectionis trat 534 in Kraft, jedoch ohne die derogierende Kraft einer lex posterior, vielmehr sollte er nach Justinians Bestimmung als gleichzeitig mit den Digesten publiziert gelten. Der Kodex besteht aus 12 Büchern, geteilt in Titel, unter denen die Konstitutionen, meist Reskripte, in zeitlicher Reihenfolge stehen. Soweit tunlich sind die Konstitutionen versehen mit inscriptio (Name des Kaisers und Adressaten) und subscriptio (Ort und Datum). Die älteste Konstitution ist von Hadrian (117—138), die jüngste von 534, ca. 1200 von den ca. 4600 Konstitutionen sind allein von Diokletian.

Die Anordnung des Stoffs in den 12 Büchern ist ungefähr dieselbe wie in den Digesten. Eigentümlich ist dem Kodex die Stellung des Kirchenrechts an den Anfang, welche die wachsende Bedeutung der christlichen Kirche zeigt, und das die drei letzten Bücher füllende Finanz- und Verwaltungsrecht.

---

[1]) Da manche Examinatoren in Verkennung ihrer Aufgabe mit Vorliebe Singularitäten zu Tode hetzen, so soll hier auf den „berühmten" Unus Casus von § 2 i. f. (in fine) J. de act. 4,6 hingewiesen werden, nach dem ausnahmsweise der besitzende Eigentümer die rei vindicatio anstellen können soll. Der Fall ist nicht bloß deshalb unus, sondern einzig noch insofern, als die in ihm versprochene ausführliche Erläuterung in den Digesten zu geben übersehen wurde.

In den italischen Handschriften des Kodex fehlten ca. 150 griechische Konstitutionen.[1]) Sie wurden aus den Basiliken ergänzt (leges restitutae).

Zugefügt wurden dem Kodex durch die Glossatoren Novellenauszüge (authenticae) und Gesetze Friedrich I. und II. (authenticae Fridericianae).

Zitiert wird: c. 28 C. de episcopis et clericis 1_3 (constitutio, Buch, Titel).

§ 24. Novellae.

Novellae (leges) sind die nach abgeschlossener Kodifikation in den Jahren 535—564 von Justinian erlassenen Konstitutionen. Sie wurden offiziell nicht gesammelt, sind meist griechisch in schwülstigem Byzantinerstil geschrieben, etwa 170 an Zahl.

Sie bilden zusammen mit der Kodifikation das Corpus iuris, haben aber gegenüber letzterer derogierende Kraft.

Nur wenige behandeln Privatrecht, sind aber für dieses von hoher Bedeutung. So regelten Nov. 118 und 127 das Intestaterbrecht einheitlich, das in der Kodifikation zerstückelt lag in ius civile, ius honorarium und zahlreichen Konstitutionen (eine Folge des Eindringens des Kognationsprinzips). Die Nov. 115 regelte das Noterbrecht neu. Die Novelle 4 gab dem Bürgen das beneficium excussionis (Einrede der Vorausklage)[2]). Die Novelle 18 erhöhte den Pflichtteil von $^1/_4$ auf $^1/_3$ bezw. $^1/_2$ der Intestatportion. Die Nov. 99 gab Korrealschuldnern das beneficium divisionis.

Jede Novelle zerfällt in
praefatio, Vorrede, Begründung, und
Gesetzestext, eingeteilt in capita und Paragraphen.

[1]) Sie sind bei Krüger, Codex, auch lateinisch wiedergegeben.
[2]) B.G.B. § 771.

§ 25. Handschriften und Druckausgaben des Corpus Juris.

Die einzelnen Teile der Justinianischen Kodifikation sind, was handschriftliche Wiedergabe betrifft, jeder für sich zu betrachten.

a) Die Institutionen. Von den zahlreichen Handschriften sind die wichtigsten eine vollständige Bamberger und eine unvollständige Turiner Handschrift aus dem 9.—10. Jahrhundert. Ausgaben von Krüger und Huschke.

b) Die Digesten. Von Handschriften steht obenan die nicht glossierte Florentina oder Pisana (sc. littera) in Florenz aus dem 6. oder 7. Jahrhundert. Von ihr erst stammen die glossierten sogen. Vulgathandschriften seit dem 11. Jahrhundert. Diesen ist gemeinsam eine Dreiteilung in

1) Digestum vetus, Buch 1—24
2) Infortiatum, Buch 25—38,
3) Digestum novum, Buch 39—50.

In erster Linie kommt die Lesart der Florentina in Betracht, die der Vulgathandschrift nur, wenn sie aus besonderen Gründen als die richtigere angesehen werden muß.

Von erst später entstandenen unglossierten Druckausgaben ist zu nennen die von Haloander, Nürnberg 1529. Die gegenwärtig beste Ausgabe ist die von Mommsen; sie beruht auf der Florentina.

c) Der Kodex. Zu erwähnen ist die Veroneser Handschrift aus dem 8. Jahrhundert, 1817 in Verona[1]) gefunden. Neueste kritische Ausgabe von Krüger, Berolini, apud Weidmannos.

---

[1]) Wo auch die Institutionen des Gajus gefunden wurden.

d) Die Novellen. Sie wurden nicht amtlich, sondern nur in 3 von einander abweichenden Privatsammlungen zusammengestellt. Dies sind:

1) Die lateinische Epitome Juliani aus der Zeit Justinians.
2) Eine unbenannte Sammlung von 168 Novellen (die vollständigste).
3) Die wichtigste und glossierte Sammlung ist das in einer Wiener Handschrift fast vollständig erhaltene Authenticum aus dem 6. Jahrhundert, jedoch mit nur 134 Novellen. Gegenwärtig beste Ausgabe von Schoell, Berol. 1890/95.

e) Gesamtausgaben des Corpus Juris Civilis. Die erste ist die von Dionys. Gothofredus, Lugduni (Lyon) 1583, cum notis. Spätere Ausgaben von Kriegel, Lipsiae, 1887, und von Mommsen, Krüger, Schöll, Berolinae.

3. Abschnitt.

Die ferneren Schicksale der Justinianischen Kodifikation.

§ 26. Das Römische Recht im Orient.

Trotz des Verbotes Justinians wurden zu seiner Kodifikation Kommentare geschrieben. Es trat jedoch bald ein Verfall der Rechtswissenschaft und Rechtsunsicherheit ein.

Dieser sollten die unter dem Kaiser Macedo (867—86) begonnenen, unter Leo Philosophus (886—912) vollendeten Basiliken, ein Gesetzbuch von 60 Büchern, abhelfen. Sie sind eine einheitliche Verarbeitung des in den einzelnen Teilen der Justinianischen Kodifikation enthaltenen Rechtsstoffs nach dem System des Codex in griechischer Sprache. Die Basiliken und ihre Scholien

(Erläuterungen) sind ein wichtiges Mittel für die Textkritik der Justinianischen Kodifikation. Wenn Basiliken und Florentina übereinstimmen, dann ist die Lesart unanfechtbar.

Von den Basiliken sind uns erhalten 44 Bücher, davon 29 fast vollständig. Ausgabe: Zachariä von Lingenthal.

Sie galten im byzantinischen Reiche bis zu seiner Zerstörung durch die Türken (1453). In Griechenland galten sie 1822—35[1]), seitdem galt nur ein Auszug von 6 Büchern des Harmenopulos; gegenwärtig gilt in Griechenland der code civil.

§ 27. Das römische Recht im Occident.[2])

A. Glossatoren und Postglossatoren.

Die Kodifikation Justinians war nach der 555 erfolgten Zurückeroberung Italiens von den Ostgoten durch Narses in Italien publiziert worden. Zwar schon 568 eroberten die Langobarden wieder Nord-Italien. Doch erhielt sich die Kodifikation, wenn auch kümmerlich, in Italien, denn für die Kirche galt: ecclesia vivit lege Romana. Auch bestanden ja die Rechtsschulen in Ravenna, Rom und Pavia weiter.

Zu einem grandiosen Aufschwung erwachte aber das Studium der Kodifikation mit der um 1100 erfolgten Gründung der Rechtsschule von Bologna. Als ihr Stifter gilt der Grammatiker Irnerius, der Schützling der Gräfin Mathilde von Canossa. Von Bologna ausgehend, wo es als eine Art Rechtsoffenbarung gelehrt wurde, verbreitete sich das römische Recht über Europa.

---

1) Zeit des Befreiungskampfes der Griechen vom türkischen Joche.

2) Vgl. hierzu die Einleitung von Karlowas römischer Rechtsgeschichte.

Die Stärke der Rechtslehrer von Bologna war die Exegese nach der Reihenfolge des Gesetzes, die Glossierung, weshalb sie Glossatoren[1]) genannt werden. Sie hatten eine außerordentliche Belesenheit im Corpus iuris, deckten Parallelstellen und Antinomieen auf, kurz, leisteten in der wissenschaftlichen Durchdringung Großes. Systematisch waren sie jedoch nur so weit tätig, als es galt summae, Inhaltsübersichten, zu geben. Die Schüler schrieben die Glossen (interlinearis, später marginalis) zum Gesetzestext hinzu und es entstanden die glossierten Handschriften des Corpus Juris. Die Zahl der Glossen häufte sich, sie wurden unübersichtlich. Der Glossator Akkursius stellte daher um 1250 die Glossen der Vorgänger mit seinen eigenen zusammen und diese Zusammenstellung wurde als glossa ordinaria später ausschließlich benutzt. Akkursius war somit der letzte Glossator.

Nach Akkursius trat ein Verfall ein. Man schrieb nunmehr Glossen zu den Glossen, es bildete sich ein wortschwülstiger Formalismus. Man nennt die Vertreter dieser Richtung Postglossatoren oder Kommentatoren. Doch gab es auch unter ihnen bedeutende Männer mit großem Einfluß besonders auf die Praxis. Es sind zu nennen Bartolus 1350, Baldus 1400, Durantis, Verfasser des prozeßrechtlichen speculum iudiciale, gest. 1296.

B. Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland.

Als Ursachen der Aufnahme des römischen Rechts in Deutschland als gemeines, wenn auch subsidiäres, sind anzusehen:

1) Die Vorstellung von einem „heiligen Römischen Reich deutscher Nation“,

[1]) Als berühmtester gilt Azo um 1200.

2) die Durchgebildetheit des römischen Rechts,
3) der Einfluß der italischen und der nach ihrem Muster gegründeten deutschen Universitäten,
4) der Zug der Renaissance,
5) die Praxis der geistlichen Gerichte, ecclesia vivit lege Romana.

Die Aufnahme vollzog sich im 14.—16. Jahrhundert und fand ihren gesetzlichen Ausdruck in der Kammergerichtsordnung von 1495.

C. Die französische Schule des 16. und 17. Jahrhunderts.

In Italien, Deutschland, vorzugsweise aber in Frankreich vollzog sich im 16. Jahrhundert als Erscheinung der Renaissance ein neues Aufblühen eindringenden Studiums des römischen Rechts. Man beschränkte sich nicht wie die Glossatoren auf das Gesetz selber, sondern zog zur Erklärung die gesamte Literatur heran. Obenan stehen hier:

1) Jakobus Cujacius, 1522—90, Professor zu Bourges, der größte Exeget der Rechtsquellen, Herausgeber auch vorjustinianischer Rechtsquellen.
2) Hugo Donellus, 1527—91, Professor zu Bourges, Heidelberg, Leyden, Altdorf, großer Exeget und größerer Systematiker.
3) Jakobus Gothofredus,[1] 1587—1652, Professor in Genf, Rechtshistoriker von umfangreichem Wissen. 12 Tafeln, berühmte Ausgabe des Codex Theodosianus.

---

[1]) Von ihm, Ausgabe des Corpus iuris cum notis, Note 85 zu 1,3 D. 18,6, stammt der Ausspruch: certissimam denique ad coelum viam esse nostram iuris professionem, si ad aequum et bonum versetur.

D. Die niederländische Schule des 17. und 18. Jahrhunderts.

Eine Nachblüte der französischen Schule. Man spricht bei ihr von „eleganter Jurisprudenz“. Zu erwähnen sind Voët, 1647—1714, und Noodt 1647—1725, der holländische Cujacius.

E. Die deutschen Praktiker des 16., 17. und 18. Jahrhunderts.

In Deutschland fand die wissenschaftliche Methode der französischen Schule nur bei Wenigen Eingang; zu nennen sind:

Giphanius, gest. 1609 als Beisitzer des Reichshofrats in Prag, der „deutsche Cujacius“, persönlicher Gegner des Donellus in Altdorf, Bachov von Echt, gest. 1643, der Rechtshistoriker Heineccius, gest. 1741.

Im übrigen strebte man darnach, das römische Recht praktisch mit dem deutschen Rechte und den Anschauungen des allmählich hervortretenden Naturrechts zu verarbeiten. Von Bedeutung war hierbei der Umstand, daß die Juristen-Fakultäten zugleich Spruchkollegien waren. Die Tätigkeit dieser Praktiker bereitete die modernen Kodifikationen (Preuß. Allg. Landrecht, Österr. Gesetzbuch) vor.

Zu nennen sind: Wesenbeck 1531—86, Berlichius 1586—1638, Carpzov 1595—1666, als Zivilist und Kriminalist von beispiellosem Einfluß auf die Praxis, Lauterbach 1618—78, Mevius 1609—70, Struve, Schilter, Stryk 1640—1701, Thomasius 1655—1728, Leyser 1683—1752, Pufendorf 1707—85, Hommel 1722—81, Glück 1755—1831, dessen ausführlicher Pandekten-Kommentar (usus modernus Pandectarum) große Verbreitung erlangte.[1])

---

[1]) Von Nachschlagewerken seien genannt: Hommel redi-

F. Die historische Rechtsschule.

Erst mit Savigny (1779—1842), Professor in Berlin, schlug man in Deuschland ähnliche Bahnen ein wie die französische Schule. Die historisch-systematische Methode in der Behandlung des römischen Rechts trat in den Vordergrund. Das epochemachende Werk Savignys über das „Recht des Besitzes“ erschien 1803, von 1814 datiert man die Gründung der historischen Rechtsschule. Das gewaltige Ringen der Zeit auf politischem Gebiete war also kein Hindernis, daß sich der wissenschaftliche Geist in die Gedanken, die viele Jahrhunderte vorher gedacht waren, zurückversenkte.

Von Namen seien hier noch genannt: Hugo 1768—1844, Haubold 1766—1824, Puchta 1798—1846, groß als Dogmatiker und Historiker, Bethmann-Hollweg, Keller 1799—1860, bekannt durch seine bahnbrechende Bearbeitung des römischen Zivilprozesses, Vangerow 1808—70, Böcking 1802—70, hervorragender Quellenforscher, Georg von Wächter 1797—1880, der moderne Carpzov, Huschke 1801—86, bedeutender Quellenforscher, Brinz 1820—87, scharfsinniger Pandektist, Windscheid 1817—92 und Dernburg, die bedeutendsten Dogmatiker, Mommsen, groß als Historiker, Rechtshistoriker und Dogmatiker, Karlowa, Verfasser einer mit erstaunlicher Gelehrsamkeit geschriebenen römischen Rechtsgeschichte, Pernice, Verfasser des M. Antistius Labeo (Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit).

vivus 1858/59. Schultingii notae ad Digesta, ed. Smallenburg 1804—35, Lipenii bibliotheca iuridica realis 1757 mit Supplementen von Schott 1775 und Senckenberg 1789, Madihn 1817—30, Ersch, Literatur der Jurisprudenz 1828, Sickel, Repertorium über die Schriften 1802—34, 35. Kappler, juristisches Promptuarium 1800—37, Engelmann, bibliotheca iuridica 1840, 48, Forts. von Wutte 1868, Roßberg 1877.

G. Rudolf von Ihering, 1818—92, Professor in Göttingen. Er hat mit seinem „Geist des römischen Rechts“ [1]) einen neuen Weg eingeschlagen, einen Weg, der erst zu dem endlichen Ziele hinan führt, dessen Erreichung allein die Verwendung unendlicher Mühe für Erforschung des römischen Rechts lohnt und rechtfertigt. Hauptsache ist Ihering die Erkenntnis der inneren treibenden Kräfte des Rechts, welche den jeweiligen Rechtsinstituten ihren Charakter geben. Von diesem philosophischen Standpunkte aus betrachtet er die Entwicklung des römischen Rechts und hat so, teilweise im Kampfe gegen formalistische Scheinwissenschaft, der Rechtserkenntnis neue Bahnen gewiesen.

Ihering war der Vorkämpfer [2]) des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

4. Abschnitt.

§ 28. Allgemeine Entwicklungsgeschichte des römischen Privat-Rechts.

Von Hauptpunkten und Hauptfaktoren der Entwicklung des Privatrechts sind zunächst im Voraus zusammenzustellen:

1) Die 12 Tafeln mit den geheimgehaltenen Legisaktionen, 450 v. Chr.
2) Das im Anschluß an Handel und Verkehr etwa seit den Samniterkriegen, mehr noch seit den punischen Kriegen hervortretende und allmählich

---

[1]) Die Würdigung Iherings durch Karlowa gegen Ende der Einleitung seiner Röm. Rechtsgeschichte entspricht doch nicht ganz der großen Bedeutung dieses Meisters.

[2]) Als eine kleine Probe vgl. seine glänzenden Ausführungen Bd. 3 S. 318 ff. gegen Puchta, und dazu die Bestimmungen des B.G.B.

das alte jus civile überragende und verdrängende jus gentium (241 v. Chr. praetor peregrinus).

3) 336 v. Chr. Der erste plebejische Prätor.

4) 304 v. Chr. Verrat der bis dahin geheim gehaltenen Legisaktionen und des Gerichtskalenders durch Flavius.

5) 300, lex Ogulnia, die Plebejer erhalten nun auch Zutritt zu den Pontifizes. Der juristische Zunftzwang, der allein Patriziern, Pontifizes Zugang zur Rechtswissenschaft gewährte, gebrochen.

Die Punkte 3—5 deuten zugleich den Ständekampf der Patrizier und Plebejer an.

6) Einführung des Formular-Verfahrens durch die lex Aebutia (ca. 200 v. Chr.) und leges Juliae (25 v. Chr.).

7) Das Kaiserrecht, jus novum, extraordinarium, das zunächst neben die leges latae und Senatuskonsulte, später, etwa seit dem 3. Jahrhundert ganz an deren Stelle tritt. Die extraordinaria cognitio, die Hauptquelle des jus extraordinarium, wird

8) im Jahre 294 n. Chr. durch Diokletian zur ordinaria cognitio (zum ordentlichen Prozeßverfahren) erhoben.

In der Entwicklung des römischen Rechts unterscheidet man üblicher Weise 4 Perioden, die erste bis zu den 12 Tafeln, besser — wie vielfach geschieht — bis etwa zu den punischen Kriegen (der erste 264—241), die Periode des ius civile, die zweite bis zum Ende der Republik, die dritte etwa bis Diokletian und die vierte bis Justinian.

A. Die erste Periode bis zur Zeit der 12 Tafeln und darüber hinaus.

Auf den Rechtszustand zur Zeit der Könige (753—510) können wir nur von der durch die 12 Tafeln erfolgten Kodifikation (450) einen Rückschluß machen. In den 12 Tafeln tritt uns ein fertiges Recht entgegen. Da aber das römische Volk (die Patrizier stellen es für lange Zeit allein dar) durch die Verschmelzung verschiedener Volkselemente, der latinischen Ramnes, der sabinischen Tities und der Luceres (von den einen als Etrusker, von anderen vorwiegend als Latiner angesehen) entstanden ist, die jedenfalls auch verschiedene Rechtsanschauungen hatten, so muß ein Assimilations-Prozeß der Bildung eines einheitlichen Rechts, wie es uns in den 12 Tafeln entgegentritt, vorausgegangen sein. [1])

Als Urelemente dieses sich bildenden römischen Rechts können wir mit Jhering (I. S. 102—361) ansehen

1) das Prinzip des subjektiven Willens, das Erbeutung als beste Erwerbung ansieht, [2]) Selbsthülfe in weitem Maße und Verpflichtung der Geschäftszeugen zu tätiger Beihülfe bei Rechtsverwirklichung anerkennt, prozessuale Geltendmachung nur in Form von Wette und Vertrag mit Zeugenaufruf (litis contestatio) kennt,
2) die agnatische Familie und der weitere agnatische Familienverband der gens als politische Korporationen, deren höhere Glieder die Kurien und Tribus sind, [3])

---

[1]) Vgl. Jhering I. S. 818.

[2]) So berichtet Gajus 4,16 i. f. bei der legis actio sacramento: festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii: quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur.

[3]) Das bezieht sich nur auf die Altbürgerschaft der Patrizier.

3) den Einfluß der Wehrverfassung (durch die Centuriatkomitien), die Sinn für äußere Ordnung und Gesetzlichkeit erweckte, wenn man nicht vielleicht besser letzteren als das Ursprüngliche ansehen will. Jhering meint S. 265, daß an der Größe des römischen Rechts der kriegerische Sinn der Bevölkerung einen Hauptanteil des Verdienstes habe. Diese Fassung dürfte zu eng sein;

4) das religiöse Prinzip. Es spielt seine Rolle wie fast bei allen Völkern, so auch bei den Römern in den Tagen der Kindheit ihres Volkes. „Das fas des alten Rom ist das jus canonicum des späteren; zu beiden Zeiten gab es das jus utrumque, in dem sowohl geistliche wie weltliche Richter bewandert sein mußten.[1]) In Rom waren es von den Geistlichen die Pontifizes, die lange Zeit die Rechtsentwicklung beeinflußten. Das von den Göttern (sc. Priestern) eingesetzte Recht hieß fas. Soweit es in die staatliche Rechtsordnung Aufnahme fand, wurde es jus sacrum.

In der ersten Periode gilt vorwiegend nur das jus civile, wie es Gajus 1, 1 definiert[2]) (rezipiert 9 J. de J. et J. 1, 1):

> Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ciuitatis.

---

[1]) Jhering S. 298. Hierher gehören die Lehren von der Ehe, den Verwandtschaftsgraden als Ehehindernissen, dem Trauerjahr, dem Eide, dem Votum, den Testamenten. Auch die Sorge für den Kalender findet sich im fas und jus.

[2]) In anderem Sinne, nämlich als Juristenrecht, begreift Pomponius ius civile in 2,5 D. 1,2; vgl. auch Jhering II. S. 394.

Das Recht, welches sich die Römer selber gesetzt hatten, waren die 12 Tafeln und das daraus entwickelte Zivilrecht.

Dieses Recht zeigte in vielen Dingen diejenigen Eigenheiten, die wir fast bei allen Völkern im Beginn ihrer Kultur finden, und wie sie sich für eine vorzugsweise in Ackerbau und Viehzucht tätige Bevölkerung ergeben. (Daß gerade das römische Recht später zu außerordentlicher Ausbildung gelangt ist, liegt, wenn wir speziell an das deutsche Recht als Gegensatz denken, zum nicht geringen Teil an der Konzentration des römischen Lebens auf die Stadt Rom [1]) und an der trotzdem oder vielleicht gerade deshalb stetig fortschreitenden Ausdehnung des römischen Machtbereichs.)

Einem jeden Recht mit solchen Vorbedingungen ist eigen, soweit der Verkehr in Betracht kommt, eine Ungelenkheit, Umständlichkeit der Formen, wie sie eben geringer Verkehr zur Folge hat. Gewisse Eigentümlichkeiten alten Rechts sind dem altrömischen Recht gemäß dem römischen Nationalgeiste besonders stark aufgeprägt, nämlich die Strenge des Rechts (strictum jus), die streng an der Form hält, auch kleine Versehen hierin nicht durchläßt (rigor iuris), stets auf Bestimmtes (certum, certa res) abzielt, im schiedsrichterlichen Verfahren nur ein Ja oder Nein, Ist oder Istnicht, aber keine Exzeptionen (wie der spätere Formularprozeß) kennt.

Was den Formalismus des altrömischen Zivilrechts anlangt, so ist zunächst von Ungelenkheit und Umständlichkeit gesprochen worden. Diese Eigenschaften zeigen sich z. B. bei der mancipatio (Kauf): vor 5 Zeugen und dem libripens erklärte der Käufer die Sache unter Anfassung mit feierlichen Worten als die seine, worauf er

---

1) Vgl. Jhering I. S. 389. Man denke an London.

dem Verkäufer das aes (Kupfer, Kaufpreis) zuwog. Die Umständlichkeit der Heranziehung von Zeugen hatte aber für das altrömische Zivilrecht einen besonderen Grund. In dem Beitritt der 5 Zeugen denkt man sich heute das Volk in seinen 5 Census vertreten und eine Volksgarantie,[1]) durch die Heranziehung der Öffentlichkeit sollte der Schutz der Öffentlichkeit, der Staatsgewalt, erstrebt werden.[2]) „Unmittelbar erfolgte diese Garantie bei dem testamentum in comitiis calatis und in procinctu und bei der arrogatio, mittelbar bei der mancipatio, dem nexum, der Eingehung der Ehe durch coemtio und confarreatio und bei der Eintragung in die Zensusregister.“ Ebenso bei der in jure cessio.[3]) Nicht zu übersehen ist endlich, daß sich auch im Formalismus des altrömischen Zivilrechts bis zu einem gewissen Grade außer praktischen Zwecken das Streben nach sinnlicher Veranschaulichung oder, wie es Ihering II. S. 508 nennt, der Formsinn junger Völker geltend macht, so z. B. bei der confarreatio.

Das älteste römische Recht kennt nur eine beschränkte Anzahl von selbständigen Formen des rechtlichen Verkehrs. Die hauptsächlichsten sind: testamentum in calatis comitiis und in procinctu, arrogatio, confarreatio, nexum, mancipatio, in jure cessio und sponsio[4])[5]). Die scholastische Rechtskunst der Pontifizes verstand es aber mit diesem Wenigen ökonomisch[6]) zu

---

[1]) Ihering I. S. 149.

[2]) Mit Erstarkung der Staatsgewalt erhalten solche Zeugen allmählich den Charakter von bloßen Urkundspersonen, wie sie sich auch bei entwickeltem Rechte finden, z. B. die Trauzeugen, B.G.B. § 1818.

[3]) Ihering I. S. 220. [4]) Ihering II. S. 527.

[5]) Näheres bei Besprechung der einzelnen Rechtsinstitute.

[6]) Ihering III. S. 242 sagt: „Das Gesetz der logischen Spar-

schalten und den drei letzten Formen als Grundformen eine ausgedehnte Brauchbarkeit zu geben. Das Mittel hierfür war der ältesten römischen Jurisprudenz das Scheingeschäft, wie es für die spätere Zeit die gelenkigere Fiktion und als vollendetstes Mittel für die klassische Zeit die Analogie war.[1]) Die in jure cessio war schon ihrerseits ein Scheingeschäft, nämlich eine Schein-Vindikation[3]). Die mancipatio wurde mit dem Aufkommen gemünzten Geldes zu einem Scheingeschäft, indem in Wirklichkeit ein Zuwiegen (per aes et libram negotium)[3]) nicht mehr stattfand. Indem die Zahlung des Preises aus dem Manzipationsakt herausfiel, wurde die mancipatio zur imaginaria venditio (Gajus 1,119), zum Scheinkauf, denn die mancipatio als solche hatte das Wesentliche des Kaufs, die Preiszahlung, abgestreift, wenn diese auch selbstverständlich hinterher erfolgen mußte. Die mancipatio wurde aber weiterhin sogar zu Zwecken benutzt, die anderes als die Wirkung wirklichen Kaufs erstrebten, z. B. in dem testamentum per aes et libram, mit dem das Scheingeschäft der mancipatio zur zweiten Potenz erhoben wurde[2])[3]). Gerade mit Rücksicht auf letzterwähnte Art der Verwendung von Scheingeschäften rechtfertigt sich die Bezeichnung derselben durch Ihering als juristische Notlügen[4]).

Ein Charakteristikum des ältesten römischen Rechts darf nicht unerwähnt bleiben, nämlich die strenge Einseitigkeit der Rechtsverhältnisse, die sich besonders im Obligationenrecht zeigt. „Der Gedanke der Gegenseitigkeit

---

samkeit ist eines der Fundamentalgesetze der juristischen Technik, gleichmäßig geltend für alle Epochen der Jurisprudenz.“

1) Ihering III. S. 810.

2) Vgl. Ihering II. S. 528, 588 ff.

3) Näheres bei Besprechung der einzelnen Rechtsinstitute.

4) Ihering III. S. 282. Über die dunkle Kehrseite, die solch Notlügen für die Sittlichkeit haben können, vgl. Ihering III. S. 266 ff.

ist kein ursprünglicher Gedanke des römischen Zivilrechts, das spezifisch Römische ist die Einseitigkeit"[1]). Zweiseitige Geschäfte dachte man sich als 2 einseitige, selbst später noch, wie sich dies z. B. schon äußerlich zeigt in der Bezeichnung von Kauf als emtio-venditio, von Miete als locatio-conductio u. s. w. Die formellen Geschäfte des alten Zivilrechts sind vom einseitigen Standpunkte des Erwerbers nach dem Grundsatze der Initiative gedacht; deshalb spricht z. B. auch bei der Manzipation der Käufer allein und ergreift die Sache (manu capere, mancipatio), daher die Idee der in jure cessio, daher geben die patria potestas und die manus dem paterfamilias nur Rechte, nicht auch Pflichten, wie sie im Gegensatz hierzu mit der deutschrechtlichen Munt von Anfang an verknüpft waren.

Auf die Zustände der ältesten römischen Zeit ist die Einteilung der Sachen in res mancipi und nec mancipi zurückzuführen. Die res mancipi (Immobilien, Sklaven und Arbeitstiere) gehörten zur familia. Unter den res nec mancipi spielte das Kleinvieh (pecus) die größte Rolle, insbesondere auch als Tauschobjekt, woraus auch der Name pecunia für das später als Tauschobjekt bezw. Zahlungsmittel dienende Metall(-geld) zu erklären ist. Familia pecuniaque war das Gesamtvermögen.[2]) Für die Übertragung von Eigentum an den res nec mancipi war nicht die solenne Form der mancipatio bezw. in jure cessio notwendig, vielmehr genügte einfache Tradition.

Für das älteste römische Familienrecht ist wie für das alte deutsche Recht charakteristisch die große Gewalt

[1]) Jhering III. S. 201ff., vgl. auch II, S. 549.

[2]) Vgl. Gajus 2,104. Später bezeichnete man auch das ganze Vermögen entweder bloß mit familia oder pecunia; daneben bedeutete familia auch Familie.

des Hausherrn (herus, paterfamilias), die bis zum jus necis ac vitae gegenüber Sklaven, Kindern und Ehefrau ging. Für Familien- und Erbrecht ist lediglich das Agnationsverhältnis maßgebend.

B. Die zweite Periode (etwa bis zum Ende der Republik, bis zu Labeo und Capito).

Die zweite Periode erhält ihr besonderes Kennzeichen in dem Hervortreten des jus gentium.

Gajus 1,1 definiert es: quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium quasi quo iure omnes gentes utuntur.

Während das ius civile nur für römische Bürger (Quiriten) galt, kam das ius gentium in Rechtsangelegenheiten zwischen ihnen und Peregrinen, d. i. Fremden, denen durch völkerrechtliche Verträge Rechtsschutz zugesichert war, (vgl. 5 D. 49,15), sowie für Peregrinen unter sich in Anwendung. Jemehr sich das Staatsgebiet durch Kriege vergrößerte, um so mehr wuchs der Peregrinen-Verkehr. „Dem Soldaten, der den Krieg bringt, folgt der Kaufmann, der den Frieden sucht.“[1]) Die Rechtsstreitigkeiten im Peregrinenverkehr häuften sich so, daß im Jahre 241 v. Chr. hierfür ein besonderer praetor peregrinus neben dem praetor urbanus eingesetzt werden mußte. Das bei ihm gesprochene Peregrinenrecht, ius gentium, wird man am besten als ein auf aequum et bonum aufgebautes Verkehrsrecht, ius naturale, bezeichnen.[2])

Dieses ius gentium zeigt die Eigenschaften, wie

---

[1]) Jhering I. S. 282.

[2]) Vgl. hierüber Moritz Voigt, Das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer. Jhering I. S. 284 bezeichnet das ius gentium als internationales Handelsrecht. Karlowa S. 454 nimmt einen besonderen Standpunkt ein.

sie jedes entwickelte Verkehrs- (Handels-) Recht hat: Formfreiheit und weitgehende Berücksichtigung der bona fides und aequitas (im Gegensatz zum strictum ius des ius civile).

Da das ius civile für die Quiriten weiter galt, so bildete sich in Rom ein Rechts-Dualismus aus, der Jahrhunderte lang dauerte und in dessen Ertragung Ihering I. S. 337 nicht blos eine intellektuelle, sondern auch moralische Kraftbetätigung des römischen Volks sieht. Dieser Dualismus zeigt sich z. B. in folgenden Einzelheiten:

Im Obligationenrecht war die sakrale sponsio den Peregrinen nicht zugänglich, wohl aber die stipulatio, die als förmliches Geschäft sich schon im ius civile ausgebildet hatte. Im übrigen war, wie erwähnt, Formfreiheit die Signatur des ius gentium, es genügte entweder nudus consensus (emtio venditio, locatio-conductio, societas, mandatum) oder Hingabe einer res (Realkontrakte, mutuum, depositum, commodatum, pignus).

Im Sachenrecht setzte das ius gentium neben das dominium ex iure Quiritium das in bonis habere, das bonitarische Eigentum, erworben durch bloße Tradition (im Gegensatz zu den solennen Zivilgeschäften der mancipatio und in jure cessio). Lag Kauf vor, so schützte der Prätor den Erwerber auch bei bloßer Tradition durch exceptio rei venditae et traditae. Es bildete sich ferner ein selbständiges Pfandrecht neben der zivilen fiducia. Im Familienrecht stellte sich neben das zivile justum matrimonium die formlos eingegangene Ehe des ius gentium mit abgeschwächter Wirksamkeit der hausherrlichen Gewalt.

Im Erbrechte gewann neben dem zivilen Agnationsverhältnis die Blutsverwandtschaft (Kognation) Bedeutung. Der Prätor gewährte den Kognaten Schutz durch bono-

rum possessio. Wer den Schutz des Prätors hatte, war vor allen gesichert.

Die Anschauungen des ius gentium mußten mit fortschreitender Entwicklung auch im ius civile Boden gewinnen, die Rechtsprechung des praetor peregrinus wirkte auf diejenige des praetor urbanus ein. Das ius gentium gab die sachliche Vermittlung, der Prätor die persönliche Vermittlung (indem er kraft seines jus edicendi das jus honorarium[1]) schuf) zur Weiterbildung des ius civile, d. h. des für römische Bürger unter sich geltenden Rechts. Jus civile und ius gentium begannen also sich zu nähern.

Bedeutsam für die Weiterbildung des Zivilrechts im Sinne der fortgeschrittenen Anschauungen des ius gentium war für den Prätor die Ersetzung des starren Legisaktionsverfahrens durch das freiere Formular-Verfahren und hier wieder war es vor allem die exceptio doli, die ihm die Handhabe gab dem aequum et bonum weite Geltung zu verschaffen.

C. Die dritte Periode (etwa von Augustus bis Diokletian).

In staatsrechtlicher Beziehung ist des allgemeinen Zusammenhangs wegen zunächst daran zu erinnern, daß zu Beginn der Kaiserzeit ein Dualismus zwischen kaiserlicher Gewalt und Überresten republikanischer Gewalt bestand. Schon unter Tiberius-Claudius verlor aber das Volk die ihm noch gebliebene gesetzgebende Gewalt, sie ging im wesentlichen auf den Senat über, aber auch dessen Mitwirkung bei der Gesetzgebung wurde bald nur eine formelle und fiel seit dem 3. Jahrhundert ganz

[1]) Dasselbe setzte sich zusammen aus Elementen des ius civile und des ius gentium.

weg (zu beachten die Jahresangaben in § 14 unter Senatus consulta!).

Das Recht, das sich in der Kaiserzeit bildete, hieß allgemein jus novum und diese Bezeichnung wurde selbst bezüglich noch ergangener neuer leges latae und bezüglich der Senatskonsulte im Gegensatz zum alten ius civile gebraucht.[1])

Das ius novum[2]) konnte Weiterbildung des von den 12 Tafeln ausgehenden Zivilrechts aus diesem heraus sein, ganz vorwiegend war es aber selbständige Weiterbildung des römischen Rechts als jus gentium, das erst seinerseits das ius civile wieder beeinflussen konnte. Im ganzen war die Entwicklung so, daß die Anschauungen des ius gentium, also das ius gentium, am Ende dieser Periode die Anschauungen des ius civile, also das ius civile, hauptsächlich unter dem Einflusse der klassischen Jurisprudenz völlig überwunden hatten. So wurde denn auch offiziell durch die lex de civitate des Caracalla vom Jahre 212 jeder Unterschied zwischen Cives, Latini und Peregrini für das römische Kaiserreich beseitigt.

Über die weiteren Fortschritte des ius gentium ist im einzelnen folgendes zu bemerken. Das Streben nach Formfreiheit im Verkehrsrechte setzte sich in dieser Periode fort. Im Obligationenrechte machte man sich von der Gebundenheit an bestimmte Rechtstypen[3]) frei, indem man die mit actio praescriptis verbis geschützten Innominatkontrakte anerkannte. Gewisse formlose pacta wurden klagbar (pacta vestita). Im Erbrechte wurden die formlosen Fideikommisse anerkannt.

---

[1]) Z. B. arg.(umento). Gajus 2,110. Vgl. Karlowa S. 641.

[2]) Soweit es auf der extraordinaria cognitio der Kaiser, die ja auch Prätoren waren, beruhte, spricht man im engeren Sinne von ius extraordinarium. Vgl. Karlowa S. 642.

[3]) Diese gilt im B.G.B. noch für das Sachenrecht.



Im Sachenrechte glich sich der Gegensatz von quiritarischem und bonitarischem Eigentume völlig aus. Durch ein Senatuskonsult wurde der Nießbrauch auch an verbrauchbaren Sachen anerkannt.[1])

Bedeutsame Neuerungen im Familienrechte suchten der einreißenden Sittenlosigkeit zu steuern. Zu nennen ist hier die lex Julia de adulteriis, 18 v. Chr., die sich gegen Ehebruch und Blutschande richtete. Für das Privatrecht ist das Kapitel de fundo dotali von Bedeutung, das dem Manne für den fundus italicus die Veräußerungsfreiheit nahm. Von größerer Bedeutung noch waren die vielfach kommentierten leges Julia (de maritandis ordinibus) et Papia Poppaea aus den Jahren 4—9 n. Chr., die durch Neugestaltung des Erbrechts der Ehe- und Kinderlosigkeit Einhalt zu tun suchten.

Die Vermögensfähigkeit des Haussohnes wurde zunächst bezüglich des peculium castrense anerkannt. Durch das Sct. Macedonianum, um 70 n. Chr., wurden Gelddarlehen an Hauskinder verboten. Die lex Claudia, 50 n. Chr., hob die tutela legitima der Agnaten auf. Die Vormundschaft wurde mehr und mehr als eine Pflicht angesehen, seit Marc Aurel (161—180) wurde ein praetor tutelaris mit der Aufsicht über das Vormundschaftswesen betraut.

Im Erbrechte gelangte die Blutsverwandtschaft (Kognation) zu stets größerer Bedeutung. Das Fideikommißrecht wurde im Gegensatz zum alten formellen Rechte der Legate weiter ausgebildet. Vgl. S. 68 ff. unter Senatuskonsulten die Sct. Trebellianum, Pegasianum, Tertullianum, Orfitianum.

Den Verhältnissen der Sklaven wurde besonders von Augustus Beachtung geschenkt. Zu nennen sind die

---

1) Vgl. B.G.B. § 1067.

lex Aelia Sentia, Fufia Caninia, Junia Norbana; s. S. 61 ff. unter leges.

D. Die vierte Periode. (Von Diokletian bis Justinian).

Der Gegensatz von ius civile und ius gentium hatte nur noch theoretische Bedeutung. In dem allumfassenden reichsrechtlichen Begriffe des ius Romanum waren alle Gegensätze aufgegangen.

An die Stelle der Schiedsgerichte traten ausschließlich Staatsgerichte (die frühere extraordinaria cognitio).

Die Gesetze dieser Periode befaßten sich in erster Linie mit dem öffentlichen Rechte, nur wenig mit dem Privatrechte und von letzterem hauptsächlich mit Familien- und Erbrecht.

Die wachsende Bedeutung der christlichen Kirche, der sich nunmehr die größten Geister zuwandten, zeigte sich in der Bevorzugung der piae causae (milden Stiftungen), in der Erschwerung der Ehescheidung und in der Vermehrung der Eheverbote.

Die patria potestas erlitt Abschwächungen, das jus necis ac vitae wurde von Konstantin ausdrücklich aufgehoben. Das Hauskind wurde auch bezüglich der bona adventicia vermögensfähig. Für uneheliche Kinder wurde die Möglichkeit der Ehelichkeitserklärung geschaffen. Die Emanzipation (Entlassung aus der patria potestas) wurde nicht mehr in der Form der alten zivilen Manzipation bewirkt, sondern durch Reskript oder gerichtlichen Vertrag.

Die Neuerungen im Erbrechte betrafen Erleichterungen in der Form der Testamente und weitere Berücksichtigung der Kognation.

Dritter Teil.

Die einzelnen römischen Privatrechts-Institute in geschichtlicher Entwicklung[1])

(im Rahmen einer Skizze des römischen Privatrechts mit gleichzeitigen Verweisungen auf das B.G.B.).

---

1) Früher Innere Rechtsgeschichte betitelt.

1. Buch.

Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt.

Personen.

I. Natürliche Personen.

§ 29. Begriff der Persönlichkeit, Anfang und Ende der natürlichen Person.

1. Begriff der Persönlichkeit.

Man unterscheidet Rechtssubjekte (Personen) und Rechtsobjekte (Sachen). Rechtssubjekte, d. i. gesetzlich anerkannte Träger von Rechten und Verbindlichkeiten können sein natürliche Personen (Mensch) oder juristische Personen. Die Fähigkeit Rechtssubjekt zu sein heißt Rechtsfähigkeit.

2. Anfang und Ende der natürlichen Person (Mensch).

Eine natürliche Person entsteht mit der vollendeten Geburt[1]) eines lebenden menschlichen Wesens, oder wie es im B.G.B. § 1 heißt: die Rechtsfähigkeit des Menschen beginnt mit der Vollendung der Geburt. Vitalität, d. i. Lebensfähigkeit ist nach beiden[2]) Rechten nicht erforderlich.

---

[1]) 3 C. 6,29. [2]) Römischem wie B.G.B.

Das menschliche Wesen durfte, um rechtsfähig zu sein, kein Monstrum [1]) und durfte nicht Sklavenkind sein.

Ohne Rücksicht auf vollendete Geburt genießt aber übereinstimmend [2]) schon einen gewissen Rechtsschutz der nasciturus, soweit es sich um — besonders erbrechtlichen — Rechtserwerb handelt (nasciturus pro iam nato habetur) [3]).

Das Ende der natürlichen Person, der Rechtfähigkeit des Menschen, ist der Tod, nicht auch Geisteskrankheit. Wer aus der Tatsache des Todes Rechte herleitet, muß den Tod beweisen. Für den Fall, daß mehrere zusammen in einer gemeinsamen Gefahr verstarben (Kommorienten), galt die Rechtsvermutung, daß unmündige Kinder vor ihren Eltern, mündige nach ihnen gestorben seien. [4])

Wie der Tod wirkte die capitis deminutio maxima.

Eine Todeserklärung wie B.G.B. § 13 (aus Anlaß von Verschollenheit) kannte das r. R. nicht.

II. Juristische Personen.

§ 30. Wesen der juristischen Personen.

Zur Erreichung gewisser, wirtschaftlicher und nichtwirtschaftlicher Zwecke macht sich die Anerkennung von Rechtssubjekten neben dem Menschen als natürlicher Person nötig; diese Rechtssubjekte nennt man juristische Personen.

---

1) 14 D. 1,5, anders B.G.B., Motive.

2) Im römischen Recht und B.G.B.

3) 8 D. 5,4. Vgl. B.G.B. §§ 844, 1923, 2101, 2162, 1912 (Pfleger).

4) 9,4 D. de reb. dub. 34,5. Anders B.G.B. §. 20 (Gleichzeitiger Tod).

Man unterscheidet juristische Personen des öffentlichen und Privat-Rechts. Juristische Personen des öffentlichen Rechts waren im r. R. neben dem Staate besonders die Gemeinden und die vornehmlich in der Kaiserzeit zu Steuerzwecken benutzten beruflichen Korporationen, Innungen, z. B. die der negotiatores, die „nur die gemeinsame Dienstverpflichtung gegenüber dem Staate zusammenhält“, und welche gerade wegen ihrer Steuerpflicht jeden im Banne der Zunft hielten.[1])

Zu den juristischen Personen des Privatrechts gehörten die rechtsfähigen Vereine (Korporationen) und später auch die milden Stiftungen (piae causae). Von der hereditas jacens als Rechtspersönlichkeit ist im Erbrechte des näheren die Rede.

Die juristischen Personen haben nur für das Vermögensrecht Bedeutung.

§ 31. Rechtsfähige Vereine.

Zur Entstehung eines rechtsfähigen Vereins (universitas sc. personarum, corpus, Korporation) war erforderlich:

1) eine organisierte Vereinigung zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks, die als solche Rechtssubjekt sein wollte und bei Begründung wenigstens 3 Mitglieder hatte, (tres faciunt collegium)[2]);
2) staatliche Genehmigung in allen Fällen.[3])

---

[1]) Vgl. Karlowa I. S. 915.

[2]) 85 D. 50,16. Für die Gesellschaft m. beschränkter Haftung genügen 2.

[3]) Gebilde wie Aktienvereine, die ohne weiteres — reichsgesetzlich — Rechtsfähigkeit haben, kannte das r. R. ebensowenig wie die nach § 21 B.G.B. mögliche Erlangung der Rechtsfähigkeit durch bloße Eintragung.



Die Persönlichkeit des rechtsfähigen Vereins steht selbständig neben der der einzelnen Mitglieder, sie bleibt vom Wechsel derselben unberührt; nur wenn sämtliche Mitglieder wegfallen, fällt notwendigerweise auch der Verein.[1])

Über die inneren Verhältnisse eines Vereins sagt Gajus 1,1 D. 3,4: quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam (Kasse) communem et actorem sive syndicum (Vorstand), per quem tanquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent 7, 1 D. 3, 4.

Der Genehmigung des Staates zur Entstehung entspricht seine Ober-Aufsicht nach Entstehung des rechtsfähigen Vereins. Die Genehmigung konnte jederzeit zurückgenommen werden.

Übereinstimmend[2]) fiel das bei Auflösung des Vereins vorhandene Vermögen in erster Linie an die in der Satzung (Statut) bestimmten Personen.

§ 32. Milde Stiftungen (Piae causae).

Stiftung ist ein einem dauernden Zwecke gewidmetes selbständiges Vermögen. Stiftungen als Rechtssubjekte kannte man bis zur Zeit der christlichen Kaiser nicht. Der Zweck wurde nur so erreicht, daß man das Stiftungsvermögen einer bereits bestehenden juristischen Person (Staat, Gemeinde u. s. w.) mit der Auflage zuwendete,

---

[1]) 7,2 D. 3,4. [2]) Vgl. B.G.B. § 45.

das Vermögen den bestimmten Zwecken dienstbar zu machen.

Erst zur Zeit der christlichen Kaiser sah man von dieser Art des Vorgehens ab, soweit es sich um milde Stiftungen (für Kirche, Kranken- und Armenpflege) handelte. Diese wurden auch ohne Zuwendung an eine bestimmte Korporation als gültig angesehen, wobei man sich mangels besonderer Bestimmung die Ausführung des Stiftungswillens als dem Bischofe[1]) (vir religiosissimus episcopus) stillschweigend überlassen dachte.

Übereinstimmend mit dem B.G.B.[2]) war zur Entstehung einer rechtsfähigen Stiftung erforderlich, ähnlich wie beim Verein,

a) Stiftungsgeschäft,

b) staatliche Genehmigung.

Der Staat übte auch hier die Aufsicht (vgl. 28, 2 C. 1, 3).

Zweiter Abschnitt.

Sachen.

§ 33. Begriff der Sache. Res corporalis — incorporalis, in commercio — extra commercium, mobiles — immobiles.

1. Während nach B.G.B. § 90 Sachen nur körperliche Gegenstände sind, unterschieden die Römer res corporales und res incorporales und verstanden unter letzteren unkörperliche Vermögensobjekte, wie Erbschaft, Nießbrauch, Forderungen jeder Art, so daß res i. w. S. gleich Vermögensobjekt ist.[3])

---

[1]) 28 C. 1,3.

[2]) Vgl. B.G.B. § 80.

[3]) 1,1 D. 1,8.

2. Sehr beliebt war im römischen Rechte die Unterscheidung zwischen res in commercio (Gegenstand rechtlichen Verkehrs) und res extra commercium. Zu letzteren gehörten [1])

a) Sachen, die von Natur Gemeingut Aller sind, wie aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris;
b) Sachen, die kraft Gesetzes Gemeingut Aller sind, res publicae wie Straßen, Wege, Plätze, Brunnen;
c) res divini iuris, unter denen man wieder unterschied sacrae (geweihte), wie Kirchengebäude, religiosae (Begräbnisplätze), sanctae (Stadtmauern und Tore);
d) Sachen, die kraft Gesetzes vom Verkehr ausgeschlossen sind, wie Gifte, verbotene Bücher (vgl. 4, 1 D. 10, 2).

Das B.G.B. hat von diesen Einteilungen abgesehen, teils weil sie unklar seien, teils weil sie besser als öffentlich rechtliche und aus sonstigen Gründen den Landesgesetzen überlassen blieben.

3. Res mobiles — immobiles.

Bewegliche Sachen sind solche, die ohne Veränderung ihres Wesens von einem Orte zum anderen bewegt werden können.

Unbewegliche Sachen sind Grund und Boden (solum) und was mit ihnen zusammenhängt. Begrenzte Teile des solum nannten die Römer fundus (praedium) und unterschieden nach der wirtschaftlichen Bestimmung (nicht nach der Lage) [2]) praedia rustica und praedia urbana.

---

[1]) Vgl. Gajus 2, 2 ff.

[2]) Ein Wohnhaus auf dem Lande (villa) gehörte zu den

Wichtig war die erst von Justinian aufgehobene Unterscheidung von solum Italicum und provinciale (praedia stipendiaria, tributa); von letzterem sagt Gajus 2, 7: in eo solo (sc. provinciali) dominium populi Romani est uel Caesaris, nos autem possessionem tantum uel usumfructum habere uidemur. Die Rechtsverhältnisse des ius civile waren auf solum provinciale nicht anwendbar.

Bewegliche und unbewegliche Sachen unterlagen nach r. R. nur in geringem Umfange verschiedener Behandlung, während sie im modernen Recht und im B.G.B. scharfe Gegensätze zeigen. Trotzdem gibt das B.G.B. keine allgemeine Definition von beweglichen und unbeweglichen Sachen, spricht überhaupt nur in den §§ 1549 und 1551 von beweglichem und unbeweglichem Vermögen.

§ 34. Species und genus (vertretbare Sachen). Verbrauchbare Sachen.

1. Species ist die individuell bestimmte Einzelsache.

Der Begriff der vertretbaren Sachen (genus, Fungibilien) ergibt sich aus Gajus 3, 90: quae pondere numero mensura constant (ebenso B.G.B. 91), qualis est pecunia numerata uinum oleum frumentum aes argentum aurum. Von den angeführten Fungibilien ist das wichtigste pecunia, das Geld als staatlich anerkanntes, lediglich diesen Charakter tragendes Tauschmittel, Zahlungsmittel. Ehe das Geld aufkam, war pecus[1]) (das Kleinvieh) das üblichste Tauschmittel. Ursprünglich gab es in Rom kein gemünztes Geld, sondern

---

praedia urbana. Im Gegensatz zur villa hieß das städtische Wohnhaus aedes.

[1]) Daher pecunia.

nur gezeichnetes Kupfer (aes signatum im Gegensatz zu aes rude), das zugewogen wurde.[1])

2. Verbrauchbare Sachen (Konsumptibilien) sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch (natürlich verbrauchbar) oder in der Veräußerung (juristisch verbrauchbar) besteht. Zu ersteren rechneten die Römer (2 J. 2, 4) pecunia numerata: namque in ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Das B.G.B. § 92 gibt im Absatz 2 für Sachinbegriffe besondere Bestimmung.

Verbrauchbare Sachen sind regelmäßig auch vertretbar. Es gibt aber vertretbare Sachen, die nicht verbrauchbar sind, z. B. Bücher. An diesem Beispiel ergibt sich auch der Gegensatz von verbrauchbar und abnutzungsfähig.

Der Begriff der Verbrauchbarkeit ist beispielsweise für Nutzungsverhältnisse wie Nießbrauch, bei denen die Rückgabe der genutzten Sache in natura die Regel ist, von Bedeutung, weil bei Nutzung verbrauchbarer Sachen die Ausnahme des Werterſatzes statt Natural-Restitution getroffen werden muß.[2])

§ 35. Teilbare — unteilbare, einfache — zusammengesetzte Sachen.

1. Teilbar — Unteilbar.

Gewisse Sachen sind natürlich teilbar, rechtlich aber unteilbar, weil rechtliche Teilbarkeit voraussetzt, daß die Teilung ohne Minderung des Wertes der Sache (Wert-

---

1) Vgl. Gajus 1,122 und über den Übergang vom Tauschverkehr zum Zahlungsverkehr Paulus 1 D. 18,1. Über die weitere Bedeutung von pecunia-Vermögen ist bereits gesprochen.

2) Vgl. 7 D. 7,5. B.G.B. § 1067.

summe der Teile) vorgenommen werden kann,[1]) z. B. der Diamant.

Grund und Boden ist natürlich unteilbar, rechtlich aber teilbar. Durch die Teilung entstehen erst die Grundstücke als Gegenstand des Vermögensrechts.

Neben der reellen Teilung, die partes pro diviso schafft, sprachen die Römer von partes pro indiviso (ideellen Teilung), Teilung des Rechts an einer Sache nach Bruchteilen.

Das B.G.B. äußert sich nicht über den Gegensatz von teilbaren und unteilbaren Sachen, kennt aber Eigentum nach Bruchteilen als Miteigentum[2]) (§§ 1008 ff.).

2. Einfache — zusammengesetzte Sachen.

Die Römer unterschieden

a) res singulae
   1) unitae,[3]) uno spiritu, z. B. homo, tignum, lapis,
   2) compositae, universitas rerum cohaerentium, z. B. Gebäude, Kleiderstoff; die einzelnen Teile sind hier noch zu unterscheiden;
b) universitas rerum distantium (facti), Sachgesamtheit, Sachinbegriff[4]), z. B. grex (Herde), Warenlager.

---

[1]) 26,2 D. 30.

[2]) 66,2 D. 31 Papinian: Plures in uno fundo dominium iuris intellectu, non divisione corporis obtinent.

[3]) 30 pr. D. 41,3.

[4]) Gegensatz dazu ist die Rechtsgesamtheit, der Rechtsinbegriff, die universitas juris, z. B. hereditas jacens, peculium, also ein aus Sachen und Rechten bestehendes Vermögen, dem eigentümlich sind 1) eine Universalklage z. B. hereditatis petitio

Die res singula ist die Sache des B.G.B.

Der Sachinbegriff war für das römische Recht ohne wesentliche Bedeutung, Eigentum und Besitz knüpften sich an die einzelnen Sachen des Sachinbegriffs (30,2 D. 41,3, allerdings gab es eine vindicatio gregis 1,3 D. 6,1). Das B.G.B. steht grundsätzlich auf demselben Standpunkt, verwirft den Begriff der Sachgesamtheit, spricht aber trotzdem von Sachinbegriff in § 92,2 und anderweit.

Die universitas facti wie iuris wurden auch als res incorporales bezeichnet.

§ 36. Haupt- und Nebensache. Früchte.

1. Haupt- und Nebensache.

Während das B.G.B. §§ 93/97 scharf zwischen Bestandteilen (wesentlichen) und Zubehör (Pertinenzen) unterscheidet, war die gemeinrechtliche Doktrin über Haupt- und Nebensache keine bestimmte.

Übereinstimmend liegt dem Begriffe der Pertinenz zu Grunde die dauernde Widmung einer Sache für den Zweck einer anderen, der Hauptsache, z. B. die Ruder für das Ruderschiff. Abweichend galt aber für das r. R. allgemein, daß die Pertinenz nicht Gegenstand besonderer Rechte sein könne, vielmehr dem Rechte der Hauptsache folge. Abweichend gehörte zum Zubehör eines fundus nur sterculinum et stramenta[1]) (Dünger und Streu), während nach B.G.B. § 98 zum Zubehör eines Landguts das ganze Betriebs-Inventar gehört.

Übereinstimmend hieß es für Grundstücksbestandteile: Superficies (Gebäude) solo cedit.[2]) Fundi est quod

---

und 2) der Satz: res succedit in locum pretii, pretium in locum rei. Das B.G.B. hat hierfür keine einheitliche Regelung.

[1]) 17,2 D. 19,1.

[2]) Gajus 2,73.



terra se tenet;[1]) Eingesätes und Eingepflanztes wurde daher konsequenter Weise erst mit Wurzelschlagen Bestandteil, wovon das B.G.B. abweicht, indem es den Samen schon mit dem Aussäen Bestandteil des Grundstücks werden läßt.

2. Früchte.

Man unterschied zwischen fructus naturales und fructus civiles.

a) fructus naturales, natürliche Früchte, die eine Sache ihrer Bestimmung gemäß, bei ordnungsmäßiger Bewirtschaftung, salva rerum substantia bietet, z. B. Tierjunge, Holz des Waldes aus ordentlicher Bewirtschaftung, aber nicht Windbruch.[2])

b) fructus civiles, juristische Früchte sind z. B. Miets-, Pacht-, Leih-Zinsen[3]), wie B.G.B. § 99,3 definiert: Erträge, welche eine Sache oder ein Recht vermöge eines Rechtsverhältnisses (z. B. Miete, Pacht, Darlehen) gewährt.

Natürliche und juristische Früchte waren begriffen in der omnis causa (rei), für die besonders seit der Litiskonstetation gehaftet wurde.

§ 37. Res mancipi — nec mancipi.

Dieser Gegensatz beruht auf altrömisch-bäuerlichen Verhältnissen. Das quiritische Eigentum von res mancipi konnte nur durch mancipatio und später auch durch

---

[1]) 17 pr. D. 19,1. B.G.B. 94.

[2]) Anders hierin B.G.B. 99, das auf ordnungsmäßige Bewirtschaftung nicht zurückgreift, das salva rerum substantia als Begriffsmerkmal nicht anerkennt.

[3]) Ulpian 34 und 36 D. 22,1.

in iure cessio — nur unte
übertragen werden.[1]) Was
Kategorie gehörte, war nich
und nicht unbestritten (vgl.
Sabinianern[2]) und Prokuli
den res mancipi gehörte ur
und was zur Bewirtschaftur
und Zug- und Lasttiere
gehörte zur familia im (
gehörte zu den res manc
(nicht auch Provinzialg
tica wie urbana, fern
actus aquaeductus,
diorum urbanorum.

Diese Unterschei
deutungslos und w
lich aufgehoben.[3])

I. Die röm

Von der
in § 1 die
rechtsfähig
von Mensch

1) servi: keine Rechtsfähigkeit,
2) liberi: Freie
 a) Cives mit conubium[1]) und commercium[2])
  α) sui iuris mit voller Rechtsfähigkeit,
  β) alieni iuris mit beschränkter Rechtsfähigkeit,
 b) Latini, nur mit commercium,
 c) Peregrini, ohne römisches conubium und commercium.

Für die Zugehörigkeit zu dem einem oder anderen Stande (status) entschied die Geburt. Wer in zivilrechtlicher[3]) Ehe konzipiert war, folgte dem Stande des Vaters, war also civis, alle anderen folgten dem Stande der Mutter.

§ 39. Servi.

1. Wesen der servitus.

Nach ius naturale galten alle Menschen als frei, die Sklaverei wurde vorwiegend als Institut des ius gentium angesehen.[4])

Der Sklave (servus, homo, mancipium, ancilla) war für den Herrn in erster Linie Sache, über die er dominium hatte, er war aber als vernünftiges Wesen, über das der Herr auch potestas hatte, insofern anerkannt, als er für den Herrn aus dessen Person erwerben konnte, er war weiter als Mensch insofern anerkannt, als für Ehen unter Sklaven auch Verwandtschaftshindernisse galten und als er die Freiheit erwerben konnte; für den Fall der Freilassung war er aus vorher ein-

---

[1]) Fähigkeit zu familienrechtlichem Verkehr.
[2]) Fähigkeit zu allen zivilen Vermögensrechten.
[3]) Gegs. Ehe nach ius gentium.
[4]) Ulpian 4 D. 1,1.

gegangenen Rechtsgeschäften naturaliter berechtigt und verpflichtet, aus Delikten sogar civiliter (klagbar) verpflichtet.

Zwischen Freien und Sklaven stand der etwa seit dem 4. Jahrhundert n. Chr. aufgekommene Stand der coloni, inquilini, Gutsarbeiter, welche mit ihrer Nachkommenschaft an das Grundstück eines anderen (dominus, patronus) untrennbar gebunden (glebae[1]) adscripti) waren und an den Patron für Nutzung der ihnen überwiesenen Parzellen einen jährlichen Kanon zahlen mußten.

2. Entstehung der **servitus**.

Abgesehen von Geburt entstand die Sklaverei

a) nach ius gentium durch Gefangennahme durch den Feind; es galt hier das ius postliminii (bei Rückkehr trat der Gefangene von selbst in seinen alten status wieder ein) und die fictio legis Corneliae (der in Gefangenschaft Verstorbene galt als im Zeitpunkt der Gefangennahme, also als Freier verstorben;[2])

b) nach ius civile in älterer Zeit durch addictio des zahlungsunfähigen Schuldners an den Gläubiger, worauf Verkauf ins Ausland (trans Tiberim) folgen konnte, ferner auf Grund des Sct. Claudianum und nach kaiserlichen Konstitutionen, insbesondere Konstantins, durch revocatio in servitutem des gegen den Patron undankbaren Freigelassenen.

Verlust der Freiheit, die den der Zivität zur Folge hatte, hieß capitis deminutio maxima.[3])

[1]) Scholle.

[2]) Dies war z. B. von Bedeutung für die Aufrechterhaltung eines Testamentes, da der Testator bis zu seinem Tode die Testierfähigkeit haben mußte. [3]) Gajus 1,160. 11 D. 4,5.

3. Endigung der Sklaverei.

a) kraft Rechtsgeschäft[1]) durch
   1) manumissio (Freilassung) vindicta, Scheinprozeß wie die in iure cessio, wobei für den Sklaven ein assertor libertatis auftrat,
   2) manumissio censu, der Herr ließ den Sklaven in die Zensuslisten eintragen,
   3) manumissio testamento,
   4) manumissio in ecclesia, Erklärung vor dem Geistlichen, seit der Zeit der christlichen Kaiser,
   5) formlose Freilassung, sie hatte nur beschränkte Wirkung,

b) kraft Gesetzes
   1) zur Bestrafung des Herrn,
   2) zur Belohnung des Sklaven, z. B. wegen Entdeckung des Mörders seines Herrn (5 D. 40,8),
   3) durch Ersitzung für den, der 10 bezw. 20 Jahre ungestört bona fide als Freier lebte (longi temporis praescriptio), etwa seit Diokletian.

4. Wirkung der Freilassung (Patronatsrecht).

Im allgemeinen erlangte der Sklave durch die Freilassung die Rechtsstellung seines Herrn, der nicht civis sein brauchte. Abgesehen hiervon gab es verschiedene Arten Freigelassener je nach der Beobachtung der Förmlichkeiten. Allgemein aber erhielt der Freilasser das auf seiner Seite vererbliche Patronatsrecht, nach welchem der Patron gegenüber dem libertus An-

---

[1]) das natürlich nicht gegen gesetzliche Verbote verstoßen durfte, wie sie in der wichtigen lex Aelia Sentia und Fufia Caninia zur Abwehr zweifelhafter Volkselemente getroffen waren.



spruch auf Ehrerbietung, gewisse Dienste,[1]) auf Alimentation im Falle der Not, und auf Beerbung hatte.

§ 40. Liberi, Cives, Latini, Peregrini. Capitis deminutio. Infamia.

Man unterschied:

1. Liberi

a) ingenui, Freigeborene,
b) liberti, Freigelassene (libertini ihre Kinder), dem Patronatsrecht unterworfen. (Gajus 1,11).

2. Cives. Die Zivität wurde erworben durch Geburt, Freiwerdung, Verleihung,[2]) verloren durch Verbannung und Übergang zum Feinde (Peregrinen). Der civis hatte conubium und commercium.[3]) Verlust der Zivität bewirkte capitis deminutio media (11 D. 4,5).

3. Latini, ohne conubium, aber mit commercium (ius Latii).

a) Latini coloniarii. Das ius Latii stand ursprünglich nur den Bewohnern von Latium zu, später auch den von Rom aus gegründeten latinischen Kolonien. Allen diesen wurde infolge des Bundesgenossenkriegs (88 v. Chr.) die Zivität, das römische Bürgerrecht verliehen. Trotzdem blieb der Begriff des jus Latii noch weiter von Bedeutung, indem es Provinzialstädten, ja ganzen Provinzen verliehen wurde, bis die lex de civitate

---

1) Vgl. 16,1 D. 38,1.

2) Vgl. oben unter Latini coloniarii.

3) Die wegen des status familiae bestehende Unterscheidung der cives in sui iuris und alieni iuris kommt im Familienrecht zur Erörterung.

Caracallas, 212 n. Chr., den Unterschied von Cives, Latini und Peregrini überhaupt beseitigte.

b) Latini Juniani hießen die mangelhaft Freigelassenen, die durch die lex Junia Norbana den Latini coloniarii gleichgestellt wurden.

4) Peregrini (früher kurzweg als hostes bezeichnet) waren Fremde ohne conubium und commercium, sie standen unter dem ius gentium, soweit sie einem mit Rom verbündeten Staate angehörten oder in den römischen Staatsverband aufgenommen waren.[1]) Eine Minderstellung (in politischer Beziehung) nahmen ein die peregrini dediticii (Angehörige überwundener Staaten).[2])

5. Die Klagen über Zugehörigkeit zu dem einen oder anderen Status hießen Statusklagen. Die Freiheitsklage war die legis actio sacramento, später vindicatio libertatis. Während sonst im Legisaktionenprozesse Vertretung in iure unzulässig war, mußte für den in der Freiheit Bedrohten ein assertor libertatis als Vertreter die Klage aufnehmen.

6. Jede Änderung im status (caput) hieß deminutio (maxima, media, minima, 11 D. 4,5). Die minima deminutio trat z. B. ein bei Arrogation, Adoption, Emanzipation, manus.

7. Infamia (Ehrenminderung) trat als infamia iuris (im Gegensatz zur infamia facti, bloße tatsächliche Ehrenminderung) z. B. ein bei Verurteilung aus Diebstahl, Mandat, Sozietät, Depositum (vgl. 1 D. 3,2) und hatte öffentlich-rechtliche Wirkungen (Verlust des Wahlrechts) und prozessuale (Verlust der Vertretungsbefugnis). Im Justinianischen Rechte hatte die Infamie ihre alte Bedeutung fast ganz verloren.

---

1) Vgl. Pomponius 5 D. 49,15. 2) Vgl. Gajus 1,14.

II. Geschäftsfähigkeit.

§ 41. Allgemeines.

Die Stellung der Geschäftsfähigkeit im Rechtssystem ergibt sich aus folgendem Schema:

Handlungsfähigkeit

Deliktsfähigkeit — Geschäftsfähigkeit

Verpflichtungsfähigkeit — Erwerbsfähigkeit

durch Verträge — einseitig

Handlungsfähigkeit ist die Fähigkeit rechtswirksame Handlungen vorzunehmen, in eigenem oder fremdem Interesse; das römische Hauskind konnte rechtlich erwerben, wenn auch nicht für sich, sondern für den Gewalthaber, war also in dieser Beziehung handlungsfähig, es konnte auch Verpflichtungsgeschäfte eingehen, durch sie aber umgekehrt nur sich, nicht den Gewalthaber verpflichten.[1]) Aus dem Angeführten ergibt sich schon der Gegensatz von Handlungsfähigkeit und Rechtsfähigkeit. So waren beispielsweise auch infantes (Kinder unter 7 Jahren), vorausgesetzt, daß sie sui iuris waren, zwar rechtsfähig, aber handlungsunfähig.[2])

Insofern im System des röm. Privatrechts auch die sogenannten Privatdelikte abgehandelt zu werden pflegen, hätte die Überschrift dieses Titels auch Handlungsfähigkeit lauten können, weil diese die Deliktsfähigkeit mitbegreift.

Geschäftsfähigkeit ist die Fähigkeit, Rechtsgeschäfte vorzunehmen. Rechtsgeschäft ist eine Privatwillens-

---

1) Näheres im Familienrecht.

2) So sind auch nach B.G.B. §§ 1 und 104 Kinder unter 7 Jahren zwar rechtsfähig, aber geschäftsunfähig.

erklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, welcher nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist.[1])

Die Geschäftsfähigkeit setzt Willenskraft und Erkenntnisvermögen voraus. Je nachdem diese garnicht oder nur beschränkt vorhanden sind, bestimmt das Gesetz Geschäftsunfähigkeit oder beschränkte Geschäftsfähigkeit. Von diesen inneren Gründen ausgehend, nahmen die Römer zum äußeren Anlaß verschiedener Zuteilung von Geschäftsfähigkeit das Geschlecht, das Alter, Krankheit und Verschwendung.

§ 42. Die einzelnen Gründe mangelhafter Geschäftsfähigkeit.

1. Geschlecht.

Nach ältestem r. R. standen weibliche Personen, wenn sie sich nicht in patria potestas oder in der manus ihres Ehemannes befanden, also sui iuris waren, wie Unmündige unter Tutel wegen sexus fragilitas. Für die ältere Zeit war die tulela legitima agnatorum von Bedeutung.[2]) Schon zu Gajus Zeiten (Gajus 1,190—98) verwalteten aber die Frauen (sui iuris) zum größten Teil ihr Vermögen selber. Seit dem 4. Jahrhundert kam die tutela mulierum ganz ab und die Mutter konnte sogar selber Vormünderin ihrer Kinder werden. Zu beachten ist noch das Interzessions-Verbot der Frauen durch das Sct. Velleianum 46 n. Chr.

2. Alter.

a) Ältere Zeit, bis zur lex Plaetoria 186 v. Chr. Man unterschied Unmündige (impuberes) und Mündige

---

[1]) So die Motive z. B.G.B.

[2]) Aufgehoben durch eine lex Claudia.

(puberes). Mündigkeit trat bei Männern mit dem 14., bei Weibern mit dem 12 Lebensjahre ein[1]) und gab volle Geschäftsfähigkeit.

Bei den Unmündigen unterschied man

infantes, bis zu 7 Jahren, geschäftsunfähig,[2]) ein tutor muß sie vertreten, und

infantia maiores, über 7 Jahre, sie können selbständig erwerben,[3]) aber nicht verfügen (veräußern und sich verpflichten), bedürfen hierzu vielmehr der Mitwirkung (auctoritatis interpositio) des Vormundes; sie sind also nur beschränkt geschäftsfähig.

b) Mit der lex Plaetoria (Ausführliches bei Karlowa II S. 306 ff.) erlangte die Altersgrenze von 25 Jahren als aetas legitima Bedeutung. Es bildete sich der Begriff der maiores XXV annis (Volljährige)[4]) und minores XXV annis (Minderjährige). Nach dieser lex konnte sich der vaterlose pubes minor aus „besonderen" Gründen einen curator erbitten, was die Regel wurde. Mit Eintritt der cura bedurfte der mündige Minderjährige zu Verfügungsgeschäften[5]) des consensus (bloße Zustimmung im Gegens. zur auctoritatis interpositio) des Kurators,[6]) hatte aber doch im

---

[1]) Vgl. bei Gajus 1,196 den Schulstreit zwischen Sabinianern und Prokulianern, hier zu Gunsten der letzteren entschieden; die Sabinianer wollten den habitus corporis maßgebend sein lassen.

[2]) Vgl. B.G.B. 104 Z. 1.

[3]) Aehnlich B.G.B. 107.

[4]) Heute 21 Jahre, B.G.B. 2.

[5]) Zu Modestins Zeit konnten sie sich noch selbständig verpflichten, 101 D. 45,1.

[6]) Die Bemerkungen Karlowas II. S. 1196 hierüber sind unklar, dort heißt es u. a.: „Der Konsens des Kurators ist für diese Wirkungen nicht Koeffizient, aber ohne ihn können sie nicht eintreten." Also ist er doch Koeffizient.

Gegensatz zum infantia maior selbständige testamenti factio activa.

Die exceptio legis Plaetoriae war den Minderjährigen bei betrügerischer Übervorteilung gegeben.

Durch kaiserliche Verleihung (venia aetatis) konnte Männern mit 20, Weibern mit 18 Jahren die Volljährigkeit verliehen werden.[1])

3. Verschwendung.

Ulpian 1 pr. D. 27,10 sagt: Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio; quod moribus quidem (Gewohnheitsrecht) ab initio introductum est.

Die Geschäftsfähigkeit des Verschwenders war die des infantia maior, ein Testament konnte auch er nicht errichten.[2])

4. Krankheit.

a) Personae debiles.

In § 4 J. 1,28 heißt es: Sed et mente captis (Geistesschwache) et surdis et mutis et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt curatores dandi sunt. Im allgemeinen ist man der Ansicht, daß diese personae debiles in der Geschäftsfähigkeit trotz Bestellung eines curator nicht beschränkt waren, daß es vielmehr von ihrem Belieben abhing, den curator zuzuziehen (vgl. B.G.B. 1910). Naturgemäß sind Taube, Blinde, Stumme geschäftsunfähig dort, wo ein Hören, Sehen, Sprechen erforderlich ist.

Nach B.G.B. 114 sind entmündigte Geistesschwache nur beschränkt geschäftsfähig.

---

[1]) B.G.B. 3 (allgemein mit 18 Jahren).

[2]) Ebenso B.G.B. 2229,3.

b) Geisteskrankheit.

Geisteskranke — Wahnsinnige und Blödsinnige (furiosi und dementes) sind geschäftsunfähig, ausgenommen in den lichten Zwischenräumen (dilucida intervalla).[1] Rechtsfähig bleiben die Geisteskranken.[2])

Vorübergehend geschäftsunfähig macht ferner die vorübergehende Störung der Geistestätigkeit oder des Bewußtseins.[3])

5. Charakteristisch für das B.G.B. ist, daß es die mangelhafte Geschäftsfähigkeit bei Geisteskrankheit, Geistesschwäche, Verschwendung an formelle Entmündigung knüpft und auch Trunksucht Entmündigungsgrund sein läßt.[4])

III. Willenserklärung. Vertrag.

§ 43. Willenserklärung. Allgemeines.

Die Entstehung oder Endigung eines Rechts für eine Person erfolgt entweder mehr oder minder ohne ihren Willen (z. B. Geburt, Zeitablauf) oder mit ihrem Willen, der dann einer Äußerung bedarf in Worten oder Handlungen.

Die Willensäußerung ist bedingt durch die innere Entschließung und die äußere (Willens-)Erklärung. Die Rechtsfolgen können zunächst nur an den äußeren Vorgang geknüpft sein. Sie können aber hinfällig, ungültig werden nicht bloß durch gewisse Mängel dieses

---

1) Diese sind dem B.G.B. unbekannt. 2) 20 D. 1,5.

3) So auch B.G.B. 105,2, wo nur die Ausdrucksweise eine andere ist. 4) B.G.B. 6.

äußeren Vorgangs, sondern auch durch solche der inneren Entschließung.

Was insbesondere den Fall eines Zwiespalts zwischen Wille und Erklärung anbelangt, so unterscheidet man drei Theorien:

a) Willenstheorie, es kommt nur auf den Willen an, ist derselbe unrichtig erklärt, dann ist das Geschäft hinfällig;
b) Erklärungstheorie, es kommt nur auf die Erklärung an, das Rechtsgeschäft ist also gültig, auch wenn der Wille auf anderes ging;
c) Vertrauens- oder Verkehrstheorie (Dernburg), bei Zwiespalt zwischen Wille und Erklärung ist das Rechtsgeschäft nur dann beständig, wenn die Erklärung dem Empfänger als der wirkliche Wille erscheinen mußte.

Man unterscheidet ferner:

a) einseitige Willenserklärungen
   1) rein einseitige, Hauptfall das Testament,
   2) empfangsbedürftige, einseitige, z. B. Kündigung, Mahnung, und
b) Vertragserklärungen.

Über den Zeitpunkt, wann eine unter Abwesenden abgegebene empfangsbedürftige Willenserklärung wirksam werde, hat man 4 Theorien aufgestellt:

1) Äußerungstheorie, Wirksamkeit mit Äußerung,
2) Übermittelungstheorie, Wirksamkeit mit Absendung,
3) Empfangstheorie, Wirksamkeit mit Empfang, sie ist die herrschende,
4) Vernehmungstheorie, Wirksamkeit mit Vernehmung.

Gegen 1) und 2) spricht, daß ohne Grund dem Erklärenden die Verfügung vorzeitig genommen würde, gegen 4), daß der Empfänger die Erklärung, etwa

Kündigung, ungelesen liegen lassen könnte. Unter Anwesenden gilt natürlich die Äußerungstheorie.

§ 44. Mängel der Entschließung und Erklärung.

a. Mental-Reservation. Der Erklärende behält sich insgeheim vor, das Erklärte nicht zu wollen. Hierin liegt ein dolus, das Erklärte bleibt daher gültig (Erklärungstheorie). Die Erklärung ist aber nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt, weil dann der Erklärung die erforderliche Ernstlichkeit mangelt[1]) (Willenstheorie).

b. Simulation. Qui aliud dicit quam vult, neque id dicit quod vox significat quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur (3 D. 34,5). Es ist wie bei der Mental-Reservation anderes erklärt als gewollt (beabsichtigt), hier aber im Einverständnis mit dem Erklärungs-Empfänger die Erklärung als Scheinerklärung abgegeben. Der Mangel der Ernstlichkeit macht die Erklärung nichtig; man geht hier in Befolgung der Willenstheorie so weit, daß man das durch das (simulierte) Scheingeschäft etwa verdeckte (dissimulierte) Rechtsgeschäft gültig sein läßt, falls es sonst den gesetzlichen Erfordernissen entspricht,[2]) z. B. ich schenke einem Kollegen zum Geburtstage Jhering, Geist des römischen Rechts, wir kleiden dies aber in die Form eines Kaufs, weil mein Freund Bücherausgaben von seinem Onkel ersetzt erhält; die Schenkung ist gültig, es kann nicht auf den Kaufpreis geklagt werden.

Von der Simulation sind scharf zu unterscheiden die typischen Scheingeschäfte des r. R., z. B. das Manzipations-Testament. Bei diesen war nicht wie bei

---

[1]) Vgl. auch B.G.B. 116.

[2]) Vgl. auch B.G.B. 117.

der Simulation gegenüber Dritten eine Verschleierung beabsichtigt,[1]) sie waren juristische Notlügen.

c. Scherz. Eine nichternstliche Willenserklärung ohne Täuschungsabsicht, im Gegensatz zur Mental-Reservation, ist nichtig (Willenstheorie).[2])

d. Irrtum. Motiv-Irrtum ist unerheblich (falsa causa non nocet); für das Erbrecht gab er aber in der späteren Kaiserzeit einen Anfechtungsgrund.[3])

Irrtum (error facti) über den Inhalt der eigenen Erklärung, mag er die Verlautbarung (Sichversprechen) oder den sachlichen Inhalt betreffen, berechtigt zur Anfechtung, wenn er wesentlich ist, insbesondere sich auf wesentliche Eigenschaften der Person oder Sache bezieht. Rechtsirrtum (error iuris) ist jedoch regelmäßig belanglos, weil unentschuldbar.[4])

Irrtum über die Erklärung des Gegners (Mißverständnis) schafft dissensus, läßt also keinen Vertrag (consensus) zustande kommen. Zu beachten ist aber der Grundsatz der l. 52 D. 19,2: si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur; sed si ego minoris me locare sensero, tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio quam quanti ego putavi.[5])

---

[1]) Vgl. Ihering II. 529, III. 281/2.

[2]) Beispiel in 3,2 D. 44,7. Vgl. B.G.B. 118.

[3]) So auch B.G.B. 2078,2.

[4]) Paulus sagt in seinem liber singularis (Monographie) de iuris et facti ignorantia, 9 pr. D. 22,6: Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.

[5]) Bei niedrigerer Forderung des Vermieters ist der Mietsvertrag perfekt, was zu generalisieren ist mit l. 110 pr. D. 50,17: in eo quod plus sit semper inest et minus.

e. Metus. Unter dem Ausdrucke metus verstanden die Römer später sowohl vis absoluta (vis atrox, körperliche Überwältigung) wie vis compulsiva (widerrechtliche Drohung).[1] In beiden Fällen war Abhilfe im Wege des ius honorarium gegeben durch in integrum restitutio, wozu im letzten Jahrhundert der Republik die pönale actio (exceptio) quod metus causa trat. Bei den bonae fidei negotia (actiones) war die Berücksichtigung von metus von selbst gegeben. Nichtigkeit knüpften die Römer deshalb nicht an metus, weil ihre Anschauung war: quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui.[2])

Das B.G.B. übergeht die vis absoluta als selbstverständlichen Nichtigkeitsgrund und gewährt bei widerrechtlicher Drohung in rem (gegen jeden Dritten) wirkende Anfechtbarkeit.[3])

f. Arglistige Täuschung[3]) (Betrug, dolus, fraus). Auch arglistige Täuschung begründete nur Anfechtbarkeit im Wege der in integrum restitutio oder exceptio doli, wozu im letzten Jahrhundert der Republik auch eine selbständige, höchst subsidiäre, infamierende, daher gegen Respektspersonen (Patron gegenüber Freigelassenen) unzulässige actio doli trat. Exceptio doli bonae fidei iudiciis inest, daher nur von Bedeutung bei den stricti iuris obligationes (iudicia), bei denen dolus vor Einführung dieser exceptio nur dann Berücksichtigung gefunden hatte, wenn im negotium die clausula doli enthalten war.[4]) Die exceptio doli war für den Prätor ein Hauptmittel, um dem aequum et bonum Eingang in das alte ius strictum zu verschaffen.

---

1) Vgl. 1 D. 4,2. 2) 21,5 D. 4,2.

3) B.G.B. 123.

4) Betrug als Anfechtungsgrund ist ausgeschlossen — singulär — in B.G.B. 1334,2.

g. **Form-Mängel.** Während im älteren römischen Recht die Form, besonders als solenne Form, eine große Rolle spielte (mancipatio, nexum, in iure cessio, testamentum calatis comitiis usw.), war sie im späteren r. R. ähnlich wie im heutigen Rechte des B.G.B. nur von geringer Bedeutung, hauptsächlich nur für das Testament und Familienrecht (Adoption, Legitimation) von Belang. Eine Willenserklärung (Rechtsgeschäft), die der durch das Gesetz vorgeschriebenen Form ermangelte, war nichtig.[1])

Formlose Willenserklärungen können entweder ausdrücklich (durch Worte, Gebärden, Handlungen) oder stillschweigend durch Handlungen oder Unterlassungen erfolgen, von denen aus sich ein Rückschluß auf den Willen machen läßt (konkludente Handlungen). Bloßes Stillschweigen gilt nicht ohne weiteres als Zustimmung, qui tacet non utique fatetur; sed tamen verum est eum non negare (142 D. 50,17).[2])

h. **Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot.** Mit Rücksicht auf die Wirkung eines solchen Verstoßes unterschieden die Römer lex imperfecta, minus quam perfecta und perfecta; nur bei letzterer war Nichtigkeit die Folge,[3]) z. B. bei der pfandrechtlichen lex commissoria (Eigentumverfalls-Klausel),[4]) bei Verstoß gegen das Verbot des Anatozismus (Zinseszins),[5]) vgl. aber auch 29 D. de usur. 22,1.

i. **Mangelnde Zustimmung.** Wenn ohne erforderliche vorherige Zustimmung (Einwilligung) eines

---

[1]) So auch B.G.B. 125.

[2]) Vgl. B.G.B. 108, 149, 496, 515, 612. H.G.B. 377.

[3]) Wie nach B.G.B. 134, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. [4]) 3 C. 8,34.

[5]) B.G.B. 138 erwähnt noch ausdrücklich Verstoß gegen die guten Sitten als Nichtigkeitsgrund.

anderen (z. B. Vormund) gehandelt ist, dann kann dem Mangel durch nachträgliche Zustimmung (Genehmigung,[1]) ratihabitio) abgeholfen werden.

§ 45. Folgen der Mängel der Willenserklärung.

Wie bei Gelegenheit der Besprechung der einzelnen Mängel in § 16 sich zeigte, ist die Folge eines Mangels in der Willenserklärung entweder Nichtigkeit (absolute Wirkung) oder Anfechtbarkeit (relative Wirkung, Rescissibilität). Beide Wirkungen fallen unter den allgemeinen Begriff Ungültigkeit.

Ungültigkeit ist nicht dasselbe wie Unwirksamkeit, denn ein ungültiges Geschäft kann Rechtswirkungen (wenn auch nicht die gewollten) haben, z. B. die der Haftung für culpa in contrahendo,[2]) wofür im r. R. trotz ungültigen Kontrakts sogar die Kontraktsklage gegeben war, z. B. in l. 62,1 D. 18,1.

Die Ungültigkeit kann von Anfang an bestehen oder erst später eintreten. Sie kann das ganze Geschäft oder nur einen Teil ergreifen. Ist ein Teil eines Rechtsgeschäfts nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde[3]) (dann gilt: utile per inutile non vitiatur). Liegt die Ungültigkeit in der Person eines Vertragschließenden (z. B. eines Mündels bei noch fehlender Zustimmung des Vormunds), so spricht man von negotia claudicantia (hinkende Verträge). Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, so ist es als von Anfang an nichtig anzusehen.

---

[1]) Vgl. B.G.B. 183, 184. Einwilligung und Genehmigung sind technische Ausdrücke geworden.

[2]) Vgl. auch B.G.B. 122.

[3]) Vgl. auch B.G.B. 139.



Ein nichtiges Rechtsgeschäft kann von demjenigen, welcher es vorgenommen hat, ein anfechtbares von dem Anfechtungsberechtigten bestätigt, nachträglich Genehmigung erteilt werden (ratihabitio).[1] Es tritt dann Konvaleszenz ein. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis (durch bloßen Zeitablauf) convalescere (29 D. 50,17).

§ 46. Vertrag.[2])

Indem man von der Anschauung ausgeht, daß es auch dingliche, familienrechtliche, erbrechtliche Verträge gebe (wenn es auch keinen Erbvertrag im r. R. gab), behandelt man die allgemeinen Lehren vom Vertrag nicht mehr im Obligationenrecht, sondern im Allgemeinen Teile.

Der Vertrag[3]) ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft (zwei einseitige, emtio—venditio). Est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus (1,2 D. 2,14).

Zu jedem Vertrage gehört ein Antrag (Offerte) und Annahme desselben. Der Antrag ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung wie die Mahnung, Kündigung, von denen er sich dadurch unterscheidet, daß er auf eine ausdrückliche Annahme (Gegenantrag) hinzielt. Die Doktrin spricht von bindender Kraft des Antrags.[4]) Dem römischen Rechte ist aber eine solche nicht bekannt, nach ihm kann der Antrag bis zum Zeitpunkte der Annahme zurückgenommen werden; erst mit der Annahme ist die Gebundenheit bewirkt.

---

1) Vgl. 20 pr. D. de pign. act. 13,7. B.G.B. 141. 144.

2) Vgl. auch B.G.B. §§ 145 ff. (1. Buch, 3. Abschn., 3. Tit.)

3) Auch wenn er einseitig (unilateralis) ist im Gegensatz zum gegenseitigen Vertrage (bilateralis) mit Leistung und Gegenleistung.

4) So auch B.G.B. 145.

Beim Vertrag wie überhaupt bei Rechtsgeschäften unterscheidet man:

essentialia negotii, wesentliche, existenzbedingende Bestandteile, wie Preisfestsetzung beim Kauf,

naturalia negotii, natürliche, die mangels anderer Festsetzung als stillschweigend gewollt gelten, z. B. Leistung Zug um Zug beim Kauf,

accidentalia negotii, willkürliche, nicht gewöhnlich vorausgesetzte Bestandteile, z. B. Konventionalstrafe.

Während im altrömischen Rechte der stricti iuris negotia die Auslegung der Verträge eine strenge, dem Wortlaute sich anschließende war, galt im spätrömischen Rechte der Satz, daß Verträge so auszulegen seien, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.[1])

IV. Bedingung. Zeitbestimmung. Auflage.[2])

§ 47.

Es gab im römischen Rechte actus legitimi, pura negotia kraft Gesetzes, die weder Bedingung noch Zeitbestimmung zuließen. Papinian zählt in l. 77 D. 50,17 auf: hereditatis aditio, acceptilatio (Erlaßvertrag), datio tutoris, emancipatio, servi optio[3]) (adoptio, Freilassung durch Adoption).[4]) Im Satze semel heres semper heres liegt ein Fall unzulässiger Resolutivbedingung.

---

[1]) B.G.B. 157. 219 D. 50,16. Vgl. hierüber Jhering II S. 449 ff.

[2]) B.G.B. §§ 158 ff.

[3]) Man merkt sich diese mit dem Worte hades, das die Anfangsbuchstaben enthält.

[4]) Vgl. B.G.B. 1742. 1947.

A. Bedingung.

Bedingung (condicio) ist die Nebenbestimmung eines Rechtsgeschäfts, die es vom Eintritt oder Nichteintritt eines künftigen, ungewissen Ereignisses (condicio) abhängig macht (affirmative, negative B.). Es kann der Anfang der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter Bedingung gestellt sein (suspensive, aufschiebende B.) oder das Ende der Wirksamkeit (resolutive, auflösende B.) Die bedingte Willenserklärung ist immer eine einheitliche,[1] manche fassen aber die Resolutiv-Bedingung als selbständige Neben-Willenserklärung auf.

Keine Bedingungen sind nach obiger Definition:

condiciones iuris (12 D. 28,7), sie sind rechtlich Notwendiges,

condiciones in praesens vel praeteritum collatae, hier besteht nur eine subjektive Ungewißheit über das Ereignis (Beispiel 6 J. 3,15),

nicht ungewisse (notwendige und unmögliche) Bedingungen; das Rechtsgeschäft gilt je nachdem als unbedingt oder unwirksam (9,1 D. 46,2; 3 D. 35,1; Gajus 3,98).

Man unterscheidet ferner kasuelle und Potestativ-Begingungen (die auf eine vertraglich nicht forderbare Handlung — nicht auf das bloße Wollen — des bedingt Berechtigten gestellt sind). Von besonderer Bedeutung ist die negative Potestativ-Bedingung (115,1 D. 45,1).[2])

Unsittliche[3]) und perplexe (in sich widersinnige)[4]) Suspensiv-Bedingungen machen das Rechtsgeschäft un-

---

[1]) So auch die Motive zu B.G.B. 158.

[2]) Vgl. B.G.B. 2075. [3]) 61 D. 45,1.

[4]) 89 D. 40,4: Stichus servus meus, si eum heres alienaverit, liber esto u. s. w.

gültig (inutilis). Doch gelten vermöge des favor testamenti unsittliche Suspensiv-Bedingungen mortis causa (wie im selben Falle unmögliche)[1]) als nicht geschrieben. So werden auch allgemein unsittliche und perplexe Resolutivbedingungen behandelt.

Bis zum Eintritt (condicio existit) oder Nichteintritt (deficit) der Bedingung besteht ein Schwebestand (pendet). Schuldhafte Schädigung des unter Bedingung stehenden Rechts während der Schwebezeit verpflichtet zum Schadensersatz. Unredliche Herbeiführung bezw. Vereitelung des Eintritts bezw. Nichteintritts der Bedingung hat das Gegenteil zur Folge.[2])

Ihering III. S. 167 charakterisiert die wirtschaftliche Bedeutung der Bedingung treffend als Mittel, „die Zukunft von sich, ohne sich von ihr abhängig zu machen".

B. Zeitbestimmung[3]) (Befristung, dies).

Viele anscheinende Befristungen sind in Wahrheit Bedingungen (vergl. 2 ff. J. 3,15).

Man unterscheidet

dies ex quo (Anfangstermin) — dies ad quem (Endtermin);

dies certus an et quando (bestimmter Kalendertag),

dies certus an, incertus quando (z. B. Todestag),

dies incertus an, certus quando (z. B. am Tage Deiner Volljährigkeit erhälst Du . . .),

dies incertus an, incertus quando (Hochzeitstag);

dies cedens: Tag der Vornahme des befristeten Rechtsgeschäfts,

---

[1]) 3 D. 35,1.

[2]) 161 D. 50,17. 85,1 D. 45,1. B.G.B. 162.

[3]) Vgl. auch B.G.B. 163.

dies veniens: Tag des Eintritts der Zeitbestimmung (213 pr. D. 50,16).

Der Unterschied von der Bedingung liegt einzig im Fehlen des Schwebezustandes.

C. Auflage (modus) ist eine Nebenbestimmung unentgeltlicher[1]) Zuwendungen. „Die (Suspensiv-) Bedingung schiebt auf, zwingt aber nicht; der Modus zwingt (aber nicht immer rechtswirksam), schiebt aber nicht auf[2])." Die Leistung des Modus ist keine Gegenleistung, ebensowenig wie die Erfüllung einer Potestativbedingung.

Die Windscheidsche Lehre von der Voraussetzung (Zweckbestimmung) als erweiterter Auflage hat das B.G.B. nicht aufgenommen, weil sie noch nicht gehörig durchgebildet sei.

V. Vertretung. Vollmacht.[3])

§ 48.

Man unterscheidet

a) unmittelbare Stellvertretung (in fremdem Namen für fremde Rechnung) und

b) mittelbare St. (in eigenem Namen für fremde Rechnung, so heute der Kommissionär).

Das römische Recht kannte gemäß seinem Grundsatze, daß jeder seine Angelegenheiten selbst besorgen solle, ursprünglich nur letztere. Gajus 2,95: per extra-

---

[1]) Bei dieser Beschränkung behandelt das B.G.B. die Auflage nicht im Allgemeinen Teile, sondern bei der Schenkung und letztwilligen Verfügung. [2]) Vgl. auch 80 D. 35,1

[3]) De procuratoribus et defensoribus D. 3,3. B.G.B. 1. Buch, 3. Abschnitt, 5. Titel, §§ 164ff.

neam (liberam) personam nobis adquiri non posse. Unmittelbare Vertretung wurde erst allmählich, aber nur in folgenden Fällen, zugelassen:

1) bei Erwerb von Besitz und weiter von Eigentum (Neratius 13 pr. D. 41,1),
2) in den Fällen der actiones adjecticiae qualitatis (ius honorarium).

Keine Stellvertretung lag vor

a) in dem rechtsnotwendigen Erwerb der Personen in potestate (Kinder) manu (Ehefrau) mancipiove (Sklaven) für den Gewalthaber (Gajus 2,86), und
b) in der Dienstleistung von Boten,[1]) unselbständigen Gehilfen.

Die Wirksamkeit der Vertretung kann beruhen

a) auf durch vorheriges Rechtsgeschäft erteilter Vertretungsmacht (Vollmacht)[2]),
b) auf nachträglicher Genehmigung (ratihabitio)[3]),
c) auf gesetzlicher Pflicht (z. B. Vormund, gesetzlicher Vertreter).

Die Singularität des procurator in rem suam kommt bei der Zession zur Besprechung.

Vierter Abschnitt.

§ 49. Fristen. Termine.

Frist ist ein Zeitraum, Termin ein Zeitpunkt.

Das alte Rumaische Kalenderjahr enthielt 12 Monate mit 355 Tagen und einer alle 2 Jahre erfolgenden

1) Vgl. 2 pr. D. 2,14. 2) Vgl. auch B.G.B. 166,2.
3) 42,1 D. 41,2.

Einschaltung von 22 Tagen am Ende des Februar als mens intercalaris. Der Julianische Kalender Cäsars stellte das Jahr auf 365 Tage fest mit Einschaltung eines Tages alle 4 Jahre hinter dem 24. Februar, mit dem er zusammen den bissextum bildete. Wir haben heute den Gregorianischen Kalender. Der bewegliche Monat des Rechtsverkehrs enthält im Gegensatz zum Kalendermonat stets 30 Tage. Der Kalendertag beginnt im Gegensatz zum beweglichen Tage stets um Mitternacht.

Die Fristberechnung war entweder

Naturalkomputation, a momento ad momentum (keine runden Tage, genau auf die Stunde), nur bei Großjährigkeit [1]),

kürzere Zivilkomputation, der Anfangstag voll gerechnet,[2]) dies (Schlußtag) coeptus pro completo habetur, bei Rechtserwerb z. B. Usukapion,[3])

längere Zivilkomputation, der Schlußtag muß ganz abgelaufen sein, besonders bei Klagverjährung.[4])

Kurze Fristen, besonders der amus utilis, wurden als tempus utile[5]) berechnet, d. h. die Zeit unverschuldeter Behinderung wurde nicht gerechnet im Gegensatz zu tempus continuum.

Fünfter Abschnitt.

§ 50. Verjährung.

Die erwerbende Verjährung (Ersitzung) ist im Sachenrecht zu behandeln. Die erlöschende (Extinktiv-)

---

1) 3,3 D. 4,4. Anders B.G.B. 187,2.

2) Anders B.G.B. 187.

3) 6, 7 D. 41,3. Anders B.G.B. 188,1.

4) 6 D. 44,7.

5) 2 pr. D. 38,15. Dem B.G.B. unbekannt, Ersatz ist die allgemeine Hemmung der Verjährung.

Verjährung war, abgesehen von non usus servitutis Klag-(nicht Rechts-)Verjährung, Verjährung der actio. Sie bezweckt Beseitigung unklarer Rechtsverhältnisse.

Im älteren (Zivil-)Recht waren die actiones regelmäßig perpetuae (unverjährbar); actiones temporales waren zunächst fast nur die actiones honorariae und aediliciae, meist mit Verjährung von 1 Jahr und weniger, jedoch war die prätorische actio furti manifesti ausnahmsweise perpetua, cum pro capitali poena pecuniaria constituta sit.[1])

In der Kaiserzeit wurde die Verjährbarkeit der Zivilklagen ausgedehnt; z. B. wurde für die rei vindicatio die longi temporis praescriptio (exceptio) von 10 Jahren inter praesentes (zwischen Angehörigen derselben Provinz) und von 20 Jahren inter absentes eingeführt.[2])

Durch Theodosius II. wurde 424 allgemein eine Verjährungsfrist von 30 Jahren (jetzt actiones perpetuae genannt) eingeführt (3 C. 7,39), die kürzeren Verjährungsfristen (jetzt actiones temporales) wurden erhalten. Erst in 40 Jahren verjährten aber die Klagen der Kirchen und milden Stifungen, unverjährbar blieben die Klagen des Fiskus auf rückständige Steuern.

Eine Hemmung der Verjährung aus tatsächlichen Gründen (daneben rechtliche und Einreden) war nur in der Form des tempus utile bekannt (s. S. 155).[3])

Die Verjährung begann nach r. R. mit actio nata, wobei es auf die Kenntnis des Klagberechtigten nicht ankommt.[4])

---

1) Gajus 4,111.

2) Diese longi temporis praescriptio weist aber gegenüber der gewöhnlichen Klagverjährung Besonderheiten auf, worüber Näheres im Sachenrecht.

3) Weiter geht B.G.B. 208.

4) Das B.G.B. 194 spricht nicht von Klag-, sondern von Anspruchsverjährung und läßt diese daher mit Entstehung des

Zu erwähnen ist zum Schluß noch die **unvordenkliche Verjährung** (praescriptio immemorialis), Zustand seit Menschengedenken. Sie ist erwähnt 3 pr. D. 43,7; 1,28 D. 39,3; 3,4 D. 43,20. Das B.G.B. hat sie, als dem öffentlichen Rechte angehörend, nicht aufgenommen.

Sechster Abschnitt.

§ 51. Ausübung der Rechte. Selbstverteidigung. Selbsthilfe.

Jeder kann von seinem Rechte beliebigen Gebrauch machen, denn nullus videtur dolo facere qui suo iure utitur.[1]) Jedoch malitiis non est indulgendum.[2]) Zuweilen besteht sogar ein Zwang zur Ausübung, indem eine Servitut durch non usus verloren gehen kann.

Vor Erstarkung des staatlichen Rechtsschutzes spielte im röm. R., wie auch sonst, die Selbsthülfe eine große Rolle.[3]) In der späteren Entwickelung beschränkte sie sich

a) auf Selbstverteidigung, Notwehr, 45,4 D. 9,2;[4])

b) auf Selbsthilfe zur Verteidigung gegen Angriffe auf Sachen, vim vi repellere licet 1,27, 28 D. 43,16. 3,9 D. 43,16.[5])

Für eigenmächtige Selbstbefriedigung war die Strafe Verlust des Forderungsrechts (7 D. 48,7, decretum divi Marci) bezw. des Eigentums (7 C. 8,4).

Die aktive Selbsthilfe des B.G.B. 228, 229, 904 war im r. R. keine ausgebildete.

Anspruchs beginnen, § 198. Im Wesen kommen beide Rechte auf dasselbe hinaus.

1) 55 D. 50,17.

2) 38 D. 6,1. B.G.B. 226.

3) Vgl. hierüber Ihering I. S. 118ff. 4) B.G.B. 227.

5) Vgl. B.G.B. 859,1.

Siebenter Abschnitt.

§ 52. Sicherheitsleistung.[1])

Die vorwiegende Art der Sicherheitsleistung war das Versprechen (stipulatio) entweder als nuda repromissio oder cum satisdatione (mit Bürgenstellung, Personalkaution) bezw. mit Pfandbestellung (Realkaution).

Das Versprechen wurde entweder freiwillig gegeben (stipulationes conventionales) oder als prätorische Zwangs-Stipulation veranlaßt (stipulationes praetoriae), worüber l. 1 D. 46,5 zu vergleichen ist.

---

2. Buch.

Recht der Schuldverhältnisse[2])
(Obligationen).

Erster Abschnitt.

§ 53. Allgemeiner Teil.[3])

Begriff des Schuldverhältnisses.[4]) Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod

---

[1]) Daneben gab es prozessuale Sicherungsmittel wie die Missionen.

[2]) Gajus 3,88–225. Die Schuldverhältnisse sind im B.G.B. vor das Sachenrecht gestellt, weil sie werdendes Recht vorstellen, während die dinglichen Rechte gewordenes Recht vorstellen. Die allgemeinen Lehren sowie abschließende Definitionen bleiben zweckmäßiger Weise der Lehre vom Bürgerlichen Rechte vorbehalten.

[3]) Verteilt im B.G.B. auf 6 Abschnitte, der 7. Abschnitt enthält dann die einzelnen Schuldverhältnisse unter Titeln.

[4]) B.G.B. § 241.

corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum (3 pr. D. 44,7). Die Obligation ist ein iuris vinculum (pr. J. 3,13, Verbindlichkeit).

Inhalt der Schuldverhältnisse. Er ist ein verschiedener, je nachdem es sich um eine bestimmte Schuld oder um eine Gattungs- oder Wahlschuld, um eine teilbare oder unteilbare Leistung handelt, verschieden ferner nach Ort und Zeit der Leistungen, Umfang gesetzlicher und vertraglicher Nebenleistungen (Zinsen, Verzugszinsen, Prozeßzinsen, Ersatz von Aufwendungen, Schadensersatz, Draufgabe, Vertragsstrafen), je nach Möglichkeit und Unmöglichkeit der Leistung. Er wird stark beeinflußt durch die Folgen des Verzugs des Schuldners oder des Gläubigers. Eine Folge des Gläubigerverzugs im r. R., die Preisgebung,[1]) hat im B.G.B. zu Unrecht nur beschränkte Beachtung gefunden.[2])

Begründung der Schuldverhältnisse. Sie entstehen entweder als gewillkürte oder kraft Gesetzes[3]) (z. B. auf Vorlegung von Sachen, actio de pauperie, B.G.B. 833).

Gewillkürte Schuldverhältnisse entstehen aut ex contractu aut quasi ex contractu aut ex maleficio (delicto) aut quasi ex maleficio.[4])

Besonders zu erwähnen ist das in die älteste Zeit zurückreichende, früh abgekommene, von Justinian gar-

---

1) Vgl. hierüber meine Erlanger Inaug.-Dissertation „Kann der Schuldner bei Verzug des Gläubigers den Leistungsgegenstand preisgeben?" und 1,3.4. D. 18,6; 8 D. 33,6; 13—15 D. 18,6.

2) Vgl. B.G.B. 303.

3) ex variis causarum figuris, 1 pr. D. 44,7.

4) 2 J. 3,13.

nicht erwähnte, bei der Dürftigkeit der Quellen uns vielfach unklare nexum. Diese Schuldverpflichtung gehörte zu den strengsten auf damnas esse und wurde solenn begründet per aes et libram vor 5 Zeugen und dem libripens (wie die Manzipation).[1] Auch nach Einführung gemünzten Geldes blieb das Zuwiegen residuäre Förmlichkeit und machte das nexum zum Scheingeschäft. Es war die älteste Form des Gelddarlehens, diente aber auch der Begründung anderer Verbindlichkeiten.[2] Die Schärfe der Haftung des Schuldners bestand darin, daß er bei Fälligkeit der Schuld und Nichtbefriedigung des Gläubigers als damnas nexus ohne weiteres der privaten Zwangsvollstreckung durch manus injeetio (Schuldknechtschaft) verfiel. Mit Aufhebung der manus injectio durch die lex Poetelia — 313 v. Chr. — kam auch das nexum als Begründungsmittel einer Obligation ab.

Erlöschen der Schuldverhältnisse. Erlöschungsgründe sind Erfüllung und Erfüllungssurrogate wie Hinterlegung und Preisgebung (besonders als Faktoren der Verzugslehre), Aufrechnung, confusio, Erlaßvertrag (dem alten nexum entsprach hier die nexi liberatio, Gajus 3,173—75), Novation. Letztere hatte besondere Bedeutung.[3] Novatio est prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio,[4] in Form einer stipulatio. Der Inhalt muß derselbe bleiben, Pfandrechte, wie überhaupt Nebenrechte und Einreden

---

[1] Vgl. die ausführliche Erörterung Karlowas II 548 ff., ein kleines Beispiel dafür, auf welcher schankenden Grundlage die Kenntnis des römischen R. beruht und wieviel Mühe der bloßen Historie heutigentags noch zugewandt wird.

[2] Z. B. wird das Damnationslegat als nexi obligatio bezeichnet. Vgl. Gajus 3,175. Vgl. auch Jhering III S. 217.

[3] Vgl. Gajus 3,176 ff. [4] 1 pr. D. 46,2.

gehen aber unter, 18 D. 46,2, anders wie bei der Zession (vgl. B.G.B. 401). Die Novation diente event. der Verstärkung der bisherigen Wirksamkeit, da sie eine neue (daher der Name), selbständige causa debendi schafft. Gläubiger und Schuldner können hierbei dieselben bleiben, es kann aber auch ein neuer Schuldner eintreten (expromissio) oder ein neuer Gläubiger (novatorische delegatio). Die Litiskontestation bewirkte novatio necessaria.

Das B.G.B. hat die Novation nicht aufgenommen, es können aber ihre Wirkungen auch heute gemäß dem Grundsatze der Vertragsfreiheit des Obligationenrechts herbeigeführt werden.

Übertragung der Forderung[1]) (Zession).

a) Dieselbe Obligation — als iuris vinculum — konnte nach älterer römischer Anschauung weder aktiv noch passiv übertragen werden.[2]) Sollte ein neuer Schuldner oder Gläubiger eintreten, dann erfolgte die novierende expromissio bezw. delegatio des Schuldners mit dessen Einwilligung an den neuen Gläubiger durch den alten.[3])

b) Auf der Gläubigerseite bildete sich allmählich etwas wie Singular-Succession in Form der Zession.

1. Urspüglich — auch erst seit Einführung des Formularprozesses — kannte man nur den procurator in rem suam (eine Art Inkassomandatar), der die Forderung in fremdem Namen (statt des Gläubigers), aber für eigene Rechnung geltend machte.[4]) Die Stellung dieses Prozeßvertreters — der Form nach — und Forderungs-Nachfolgers — dem Wesen nach — war

---

[1]) B.G.B. 2. Buch, 4. Abschnitt.

[2]) Keine Singular-Succession!

[3]) Vgl. Gajus 2,38.

[4]) Über die Fassung der formula siehe Gajus 4,86.

aber bis zu der (novierenden) Litiskontestation eine unsichere, da z. B. bis dahin der alte Gläubiger das Mandat widerrufen konnte.

2. In Abhilfe hiervon gab man in der Kaiserzeit zunächst in einzelnen Fällen, später allgemein dem Mandatar (Zessionar) eine selbständige, der Klage des alten Gläubigers (Zedenten) nachgebildete actio utilis, neben den mandatae actiones des Zedenten.[1])

3. Hierdurch war der Zessionar gegenüber dem Zedenten geschützt, der Schuldner konnte aber immer noch (bis zur novierenden Litiskontestation) an letzteren zahlen. Es wurde daher eine denuntiatio (Anzeige) an den Schuldner eingeführt, die ihm diese Freiheit nahm.[2])

4. Trotz dieser Sicherung nach 2 Seiten wurde der Zessionar noch zu Justinians Zeit nicht eigentlich, wie heute, als Nachfolger in das Recht selber (Singular-Successor) angesehen.[3])

Schuldübernahme[4]) (Interzession).

Der im Anschluß an das Sct. Velleianum (s. d.) ausgebildete Begriff der Interzession ist der weitere und umfaßt jede Übernahme einer Vermögensschuld für einen Dritten. Es ergibt sich folgende Einteilung:

1) Eingehung einer Verbindlichkeit für einen Dritten in dessen alleinigem Interesse (intercessio tacita), bezw. Erfüllungsübernahme gegenüber dem Schuldner, dessen Schuld aber nicht, gegenüber dem Gläubiger, übernommen wird (B.G.B. 329),

---

1) Vgl. Ulpian 55 D. 3,3.

2) Bezeugt z. B. in der Konstitution Gordians, 239 n. Chr., 3 pr. C. 8,41.

3) S. schließlich noch die lex Anastasiana.

4) D. 16,1. B.G.B. 2. Buch, 5. Abschnitt.

2) Übernahme einer bereits bestehenden fremden Schuld[1]) gegenüber dem Gläubiger

a) statt des bisherigen Schuldners durch Schuldübernahme (expromissio), dies ist die privative Interzession;

b) neben dem bisherigen Schuldner (kumulative Interzession),

1) als solidarisch haftender Gesamtschuldner (z. B. Handelsbürge);

2) als subsidiär haftender Unterschuldner (z. B. Zivilbürge).

Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern.[2])

a) Korreal- und Solidar-Obligationen.

Im Falle einer Mehrheit von Schuldnern oder Gläubigern ist das naturgemäße (aequum et bonum), daß jeder — mangels besonderer Bestimmung — bei Teilbarkeit des Gegenstandes nur zu einem Teil verpflichtet oder berechtigt ist. Dies galt auch im römischen Rechte.[3])

Im Falle der Unteilbarkeit ist Verpflichtung oder Berechtigung eines jeden auf das Ganze, dessen tatsächliche, einmalige Leistung aber den Inhalt der Obligation erschöpft, das naturgemäße.[4]) Zu diesem naturgemäßen Ergebnisse gelangten die Römer aber

---

[1]) Scharf zu unterscheiden von der Erfüllungsübernahme, die eine neue, eventl. eigenartige Schuld gegenüber dem Schuldner begründet.

[2]) Vgl. auch B.G.B. 2. Buch, 6. Abschnitt.

[3]) Z. B. für nomina (Geldforderungen) 6 C. 3,36. Vgl. B.G.B. 420.

[4]) Dies gilt natürlich auch, wenn es so gewollt ist, B.G.B. 421 und 428 umfaßt daher sowohl den Fall der Teilbarkeit wie der Unteilbarkeit.

nicht — vor Justinian — wegen der bei ihnen eingewurzelten — und bis zu Justinian bestehenden — Anschauung von der konsumierenden (und novierenden) Kraft der Litiskontestation. Darnach war der Obligationsinhalt schon erschöpft mit der von einem der Gläubiger oder gegenüber einem der Schuldner vorgenommenen Litiskontestation (nicht erst mit der tatsächlichen Leistung), derart, daß die übrigen Gläubiger nicht auch ihrerseits klagen konnten, die übrigen Schuldner mit der bloßen Litiskontestation frei wurden.

Man mußte sich aber bald sagen, daß dies wenigstens in denjenigen Fällen Unrecht sei, wo es sich um Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus gemeinsam begangenen Delikten gegenüber den mehreren Tätern handle, und schaltete hier die konsumierende Wirkung der Litiskontestation aus, indem man der Vorstellung nach den sachlich zwar identischen Obligationsinhalt nicht una eademque obligatio (actio) sein ließ; der Verletzte konnte daher auch nach Litiskontestation mit dem einen der Täter gegen die übrigen vorgehen, bis er die Ersatzleistung erlangt bezw. alle vergeblich ausgeklagt hatte.

Es sind daher in den Pandekten zwei Kategorien von Stellen zu finden, in denen bei Mehrheit von Schuldnern bezw. Gläubigern die Litiskontestation verschiedene Wirkung hat. Es bildeten sich im Anschluß an die erwähnte, verschiedene Behandlung der Litiskontestation auch andere, hier nicht interessierende Verschiedenheiten[1]) zwischen diesen beiden Kategorien. Daß nicht alles in diesen Verschiedenheiten einheitlich gestaltet ist, läßt sich denken, denn die Entwickelung richtet sich selten — wenn überhaupt — nach einem von vorn

---

[1]) Es sei nur noch erwähnt, daß z. B. bei Deliktsobligationen durch die Litiskontestation mit einem Schuldner auch die Klagverjährung gegenüber den anderen unterbrochen wurde.



herein aufgestellten und in der Durchführung überwachten Programm. Trotzdem hat das hier von den Quellen gebotene Material, nachdem einmal der berührte Gegensatz von Keller (1799—1860, Nachfolger Puchtas in Berlin) aufgedeckt war, ein reiches Feld für Konstruktionsversuche geboten,[1]) mit denen sich jedenfalls die Römer nicht befaßt haben, und denen auch die neueren Gesetzgebungen fern stehen. Die meiste Anerkennung in dem heute noch nicht gelösten Widerstreit hat der als Einheitstheorie (Gegensatz Mehrheitstheorie) bezeichnete Konstruktionsversuch Keller-Ribbentrops gefunden. Es werden heute für das vorjustinianische Recht unterschieden Solidar-Obligationen und Korreal-Obligationen. Die Solidar-Obligationen, beruhend vorzugsweise auf Delikt oder auf rechtsgeschäftlicher, wenn nur nicht einheitlicher Grundlage, denkt man sich als vorwiegend passive (Mehrheit der Schuldner) mit dem Inhalt der Gesamtschuld des § 421 B.G.B., wozu Mehrheit der Obligationen gehört. Die Korreal-Obligation, beruhend auf einheitlichem Rechtsgeschäft, denkt man sich als una eademque obligatio mit bloßer Mehrheit der subjektiven Beziehungen (bis zur Litiskontestation). Nach dem oben geschilderten Entwickelungshergange ist die sogen. Korrealobligation das Ursprüngliche, Alleinige, die sogen. Solidar-Obligation eine nachträgliche, allmähliche Ausscheidung.

Unter Justinian verwischte sich der Unterschied zwischen beiden Arten infolge stetig veränderten Charakters der Litiskontestation und besonderer Gesetze (vgl. z. B. die Justinianische Konstitution 28,2 C. 8,40).

---

[1]) Konstruktionen bezwecken Aufstellung leitender, gemeinschaftlicher Grundsätze über das vorher erkannte innere Wesen einer größeren Zahl von anscheinend zusammenhanglosen Rechtsverhältnissen, bezw. nachträgliche Einreihung unter bereits erkannte Grundideen. Vgl. Ihering II S. 357—389.

b) actiones adjecticiae qualitatis.

Sie sind ebenfalls eine Eigentümlichkeit des römischen Rechts. Nach ius civile wurde zwar der Gewalthaber durch seine Gewaltunterworfenen berechtigt, aber nicht auch durch Verträge derselben verpflichtet. In gewissen Fällen wurde aber kraft ius honorarium der Gewalthaber accessorisch neben Sklaven und Hauskindern verpflichtet, indem der Prätor die gegen letztere zulässigen Klagen mit einer Umstellung in der condemnatio[1]) auch gegen den Gewalthaber gab (actiones adjecticiae qualitatis). Es sind dies folgende Fälle:

1) actio quod iussu (Ermächtigung zur Vertragschließung mit dem Gewaltunterworfenen).[2])

2) actio de peculio,[3]) ging bis zum Betrag des dem Gewaltunterworfenen zur Selbstbewirtschaftung überlassenen Sondervermögens (peculium),

3) actio de in rem verso,[4]) ging auf das, was aus einem den Gewaltunterworfenen (aber nicht den Gewalthaber) verpflichtenden Geschäfte in das Vermögen des letzteren gekommen war,

4) actio tributoria,[5]) Klage der Geschäftsgläubiger gegen den Gewalthaber, der dem Gewaltunterworfenen ein peculium zum Handelsbetrieb gegeben hatte, auf Verteilung des Handelsvermögens unter ihnen und dem Gewalthaber, wobei dieser nicht wie bei 1—3 seine Forderungen gegen den Gewaltunterworfenen vorweg abziehen durfte,

5) actio exercitoria[6]) gegen den exercitor (Reeder) aus Verträgen mit dem magister navis (Kapitän) innerhalb seiner Machtsphäre, mag dieser Gewaltunterworfener oder extranea persona sein,

---

[1]) Vgl. Gajus 4,86.87. [2]) Gajus 4,70. [3]) Gajus 4,73.
[4]) Gajus 4,72a, bei Krüger-Studemund aus den Institutionen ergänzt. [5]) Gajus 4,72. [6]) Gajus 4,71.

6) actio institoria,[1]) gegen den dominus (Prinzipal) aus Verträgen mit dem institor (Handlungsbevollmächtigten) innerhalb seiner Machtsphäre, auch wenn dieser extranea persona ist.

Zweiter Abschnitt.

Besonderer Teil. Einzelne Schuldverhältnisse.[2])

§ 54. Einteilung.

Wie schon im vorigen Abschnitte erwähnt worden ist, unterscheidet man zwischen gewillkürten und kraft Gesetzes entstehenden Schuldverhältnissen. Unter den gewillkürten Schuldverhältnissen unterschieden die Römer weiter nach der Art der Entstehung:

1. **Kontrakte** (aut enim re contrahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu[3])

a) **Verbalkontrakte** (stipulatio, dotis dictio, adstipulatio, adpromissio, Bürgschaft),

b) **Litteralkontrakte**, **Verbal- und Litteralkontrakte sind formale Kontrakte**,

c) **Realkontrakte** (mutuum, depositum, commodatum, pignus),

d) **Innominatkontrakte** (c—e bezeichnet man als materielle Kontrakte und reiht sie dem ius gentium ein; diese Kontrakte sind abgesehen vom mutuum sämtlich bonae fidei negotia).

e) **Konsensualkontrakte** (Kauf, Miete, Gesellschaft, Mandat).

2. **Klagbare pacta**, sie beruhten teils auf ius civile, teils auf ius honorarium,

---

1) Gajus 4,71. 2) B.G.B. 2. Buch, 7. Abschnitt.

3) Gajus 3,89.

a) pacta adiecta,
b) pacta praetoria,
c) pacta legitima (Schenkung),

3. Obligationen quasi ex contractu.

4. Obligationen ex delicto (furtum, vi bona rapta, damnum iniuria datum, iniuria),

5. Obligationen quasi ex delicto.

6. Auf Grund einseitigen Versprechens, das keiner Annahme zur Wirksamkeit bedurfte, entstand eine Verpflichtung[1]) nur in den heute bedeutungslosen Fällen der pollicitatio[2]) (Versprechen zu Gunsten einer Stadtgemeinde) und des votum[3]) (feierliches Gelübde für einen frommen Zweck).

§ 55. Die Verbalkontrakte.

Gajus sagt 3,92: Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, ueluti Dari Spondes? Spondeo, Dabis? Dabo, Promittis? Promitto, Fidepromittis? Fidepromitto, Fideiubes? Fideiubeo, Facies? Faciam. Frage und Antwort mußten mündlich, unter Anwesenden erfolgen.[4])

1. Dari spondes? Spondeo war die Frage und Antwort in dem ältesten Verbalkontrakte, in der sponsio. Sie schuf eine streng formelle und einseitige Obligation, hatte sakralen Charakter (der Zuwiderhandelnde wurde homo sacer, vogelfrei) und war deshalb auf römische Bürger beschränkt. Sie konnte auch nur in lateinischer Sprache erfolgen.

---

[1]) Für das B.G.B. vgl. die Auslobung 657—61. Mit Pollizitationstheorie bezeichnet man heute allgemein die Auffassung als einseitiges Rechtsgeschäft.

[2]) 3 pr. D. 50,12. [3]) 2 D. 50,12.

[4]) Vgl. Jhering II S. 555 ff.

2. Im ius gentium entwickelte sich für den Peregrinen-Verkehr (vgl. Gajus 3,93) die stipulatio,[1] zunächst auch streng formell wie die sponsio, wie diese auch einseitig, aber ohne sakralen Charakter, mit den Fragen Dabis? Dabo u. s. w., auch in nichtlateinischer Sprache zulässig.[2])

Die Stipulation fand frühzeitig im ius civile für römische Bürger unter sich Eingang. Für sie wurde die legis actio per condictionem geschaffen.

Ursprünglich konnte die Stipulation nur auf ein certum (certa pecunia, certa res) gehen, später auch auf ein incertum, indem für dessen Erfüllung ein certum als Konventionalstrafe stipuliert wurde.[3]) Das prozessuale Mittel war in diesem Falle die actio ex stipulatu (condictio incerti) im Gegensatz zur vorerwähnten legis actio per condictionem.

Stipulation und Sponsion wurden im Zivilrecht bald eins; Paulus sagt in l. 7 D. 50,16: sponsio appellatur non solum quae per sponsus interrogationem fit, sed omnis stipulatio promissioque.

Abgesehen von der Ausdehnung auf ein incertum ergaben sich weitere Umgestaltungen der Stipulation. An sich stricti iuris negotium wurde sie bei Aufnahme der clausula doli in das Rechtsgeschäft prozessualisch wie ein bonae fidei negotium behandelt. Auf eine Übereinstimmung der Worte in Frage und Antwort kam es später nicht mehr an,[4]) ja es wurde in den Fällen, wo eine den Stipulationsinhalt wiedergebende Urkunde

---

[1]) Über die Wortbedeutung von stipulatio vgl. pr. J. 3,15. Stipulari hieß „sich versprechen lassen“, später zuweilen auch „versprechen. Unter stipulatio i. w. S. versteht man auch die sponsio. [2]) 1 J. 3,15.

[3]) Später gewann die poena bei der Stipulation eine andere Bedeutung, vgl. 7 J. 3,15. [4]) Vgl. 10 C. 8,37.



(cautio) errichtet wurde, auf das wörtliche Aussprechen von Frage und Antwort kein Gewicht gelegt,[1]) endlich sogar die gleichzeitige Anwesenheit der Parteien in diesem Falle vermutet.[2]) Der Verbalkontrakt wurde schier zum Litteralkontrakt.

Wie die mancipatio und in iure cessio nichts weiter waren als Rechtsformen für verschiedenartigen Inhalt dinglichen oder quasidinglichen Charakters, so war die stipulatio nichts anderes als eine Form für Schaffung obligatorischer Verhältnisse aller Art.[3]) Ehe man Realkontrakte, Konsensualkontrakte, Innominatkontrakte, pacta vestita kannte, war alles Stipulation. In der Stipulationsform lag die Rechtsverbindlichkeit, auf die materielle Grundlage kam es nicht an, mit der Stipulationsform schuf man also ähnlich wie heute mit der Wechselform abstrakte Verbindlichkeiten. Da die Stipulation eine bloße Form ist, so würde sie auch richtiger im Allgemeinen Teile des Obligationenrechts behandelt, statt, wie in Lehrbüchern des römischen Rechts wohl ausschließlich bisher geschehen, im Besonderen Teile.

3. adstipulatio. Gajus 3,110: Possumus ad id quod stipulamur, alium adhibere qui idem stipuletur, quem uulgo adstipulatorem uocamus. Die Bedeutung des adstipulator als Nebengläubigers erblickt man für die Zeit eingeschränkter Prozeßvertretung darin, daß mit ihm der Gläubiger für den Prozeß einen Vertreter von vornherein hatte. Der adstipulator hatte im Gegensatz zum solutionis causa adiectus (Zahlstelle) ein selbständiges Forderungsrecht; was er einzog, mußte er natürlich an den eigentlichen Gläubiger herausgeben.

---

1) 8 J. 3,20. 2) 12 J. 3,19. 14 C. 8,37.

3) Daher wurde von den Römern bei Erörterung der allgemeinen Lehren des Obligationenrechts in der Regel die Stipulation als Beispiel herangezogen.



4. adpromissio. Wie auf der aktiven Seite der Stipulation eine adstipulatio möglich war, so konnte auf der passiven Seite neben den eigentlichen Schuldner ein zweiter auf idem treten, als sponsor oder fidepromissor, zur Sicherheit des Gläubigers, als Bürge. Während aber sponsio und fidepromissio als Bürgschaftsübernahme nur bei stipulierter Hauptschuld (verborum obligatio) möglich waren, war eine spätere Form der Bürgschaftsübernahme (adpromissio), die fideiussio, neben allen Obligationen zulässig. Im Justinianischen Rechte ist nur noch die fideiussio praktisch.[1])

Die Stellung des fidejussor (Bürgen) änderte sich im Laufe der Zeit erheblich. Ursprünglich wurde er als Korrealschuldner durch die Litiskontestation mit dem eigentlichen Schuldner frei, er konnte daher auch von vornherein in Anspruch genommen werden, und mehrere Mit-Bürgen hafteten als Gesamtschuldner jeder für das Ganze. Hadrian (117—138) führte für mehrere Mit-Bürgen das beneficium divisionis (Teilhaftung) ein.[2]) Durch Justinian wurde die „gesamt-zerstörliche Wirkung" der Litiskontestation gegenüber Korrealschuldnern beseitigt.[3]) Damit fiel auch der Anlaß, den Bürgen nicht erst in zweiter Linie haften zu lassen, und Justinian gab ihm daher in Novelle 4 das beneficium excussionis personalis s. ordinis, die Einrede der Vorausklage.[4]) Außerdem hatte der zahlende Bürge, wie Paulus

---

[1]) Außer ihr, die Stipulationsform erforderte, kannte man zu Justinians Zeit als Verbürgungsformen das constitutum debiti alieni (pactum praetorium) und das mandatum qualificatum (Konsensualkontrakt).

[2]) Gajus 3,121. Anders B.G.B. 769 (Haftung als Gesamtschuldner). [3]) Vgl. 28,2 C. 8,40.

[4]) So auch B.G.B. 771. Der Handelsbürge hat auch diese Einrede nicht.

z. B. 36 D. 46,1 libro quarto decimo ad Plautium[1]) berichtet, das beneficium cedendarum actionum (cessio necessaria)[2]) gegenüber dem Gläubiger auf Abtretung der Forderungen gegen den eigentlichen Schuldner: non enim in solutum accipit (der Gläubiger) sed quodam modo nomen debitoris vendidit.

Wegen der Bürgschaftsbeschränkungen der Frauen vgl. das Sct. Vellejanum.

§ 56. Die Litteralkontrakte.

Gajus 3,128 ff.: Litteris obligatio fit ueluti nominibus transscripticiis. fit autem nomen transscripticium duplici modo, uel a re in personam uel a persona in personam. A re in personam transscriptio fit, ueluti si id quod tu ex emptionis causa aut conductionis aut societatis mihi debeas, id expensum tibi tulero[3]) (expensum ferre = belasten, debitieren; expensilatio = Belastung). A persona in personam transscriptio[4]) fit ueluti si id quod mihi Titius debet tibi id expensum tulero, id est si Titius te delegauerit mihi.

Die Eintragungen erfolgten — mit Zustimmung des Schuldners — im codex accepti et expensi.[5]) Dieses Buch wurde sehr gewissenhaft und peinlich geführt,[6]) so daß die Eintragungen, ursprünglich wie heute nur Beweismittel wie jedes andere, absolute Beweis-

---

[1]) Verfasser eines vielkommentierten Rechtssystems (er stand außerhalb der Schulen).

[2]) Nach B.G.B. 774 cessio legis, ipso iure.

[3]) Es findet also Novation statt, bestritten von Karlowa II 758.

[4]) Das heutige Giro, Giro = Überweisung.

[5]) Altes, aus mehreren Wachstafeln bestehendes Hausbuch des römischen civis. [6]) Karlowa II 747.

kraft und damit die Natur konstitutiver Akte erlangten.[1]) Die Buchung als solche — ohne Rücksicht auf die causa (z. B. Kauf, Miete, Sozietät) — schuf eine — also abstrakte — Verbindlichkeit.[2])

Der expensilatio (Belastung des Schuldners durch den Gläubiger) mußte eine acceptilatio (acceptum ferre, Kreditierung des Gläubigers durch den Schuldner) entsprechen. Ebenso mußte gemäß dem Prinzipe des contrarius actus, der Korrespondenz zwischen den Begründungsformen und Aufhebungsformen der Rechtsverhältnisse bei Tilgung der Schuld der expensilatio eine durch den Gläubiger vorzunehmende Gutschrift (acceptilatio) entsprechen.[3])

In der Kaiserzeit verloren die Buchungen allmählich ihren konstitutiven Charakter und damit fiel der Begriff des Litteralkontrakts weg (2. bis 3. Jahrhundert).[4])

Als Litteralobligation (Skripturobligation) behandelt Justinian in J. 3,21 den der querela non numeratae pecuniae nicht mehr ausgesetzten, weil vor länger als 2 Jahren ausgestellten Darlehnsschuldschein.[5])

---

[1]) Vgl. Ihering II 598 bei Gelegenheit der Beweisführung, daß alle Geschäfte des älteren römischen R. mündlich errichtet werden mußten.

[2]) Dieser Meinung sind manche Kaufleute irrtümlich noch für die heutigen Buchungen. Über abstrakte Rechtsgeschäfte im r. R., wie über die Unentbehrlichkeit abstrakter Rechtsgeschäfte vgl. die sehr instruktive Erörterung Iherings III 217 ff.

[3]) Vgl. Ihering II 628 und über Buchungs-Operationen vgl. mein „Die Bilanzen der Aktien-Gesellschaften“, Meyer-Hannover.

[4]) Daher ist in 8,3 D. 46,4 die acceptilatio als abstrakte Aufhebungsform nur bei der stipulatio erwähnt. Vgl. Gajus 3,170.

[5]) Bei Gajus 3,134 sind noch als lediglich dem Peregrinenrecht angehörige Skripturobligationen erwähnt, die chirographa und syngrapha (formlose Schuldverschreibungen und Verpflichtungsscheine); sie stammen aus dem griechischen Rechte.

Als Litteralobligationen (Skripturobligationen) des heutigen Rechts sind zu nennen der Wechsel und das abstrakte Schuldversprechen[1]) (-anerkenntnis).

§ 57. Die Realkontrakte.

Einleitung. Karlowa II. S. 591ff. behandelt die Realkontrakte als Zweckgaben mit dem Versprechen der Rückgabe (res creditae). Hierher gehören mutuum, commodatum, depositum, pignus. Diesen Kontrakten war gemeinsam, daß die Obligation nicht schon mit der Verabredung entstand, sondern erst mit der Hingabe der res. Die Verabredung wurde als bloßes pactum de contrahendo (z. B. de mutuo dando u. s. w.) angesehen.[2]) Die Sachhingabe erfolgte nicht solvendi causa, sondern obligandi causa. Die Realkontrakte waren — mit Ausnahme des mutuum — negotia bonae fidei.

Außer den vorerwähnten Realkontrakten kannte man Realkontrakte ohne besondere — oder erst später gegebene — Einzelbezeichnung, die Innominat-Kontrakte (unbenannte Realkontrakte) und bezeichnete im Gegensatz hierzu die ersteren als benannte.

A. Darlehen (mutuum).[3])

Das alte Darlehnsgeschäft des ius civile war das in Form des nexum abgeschlossene verzinsliche foenus,

---

[1]) B.G.B. 780.

[2]) Das B.G.B. gibt auch hier keine Definitionen, die Motive weisen aber darauf hin, daß man, selbst wenn man die Realkontrakte heute als Konsensualkontrakte ansehe, das realkontraktliche Moment der Hingabe einer Sache zur Vollwirksamkeit des Rechtsgeschäftes nicht verkennen dürfe. Dieses Moment zeigt sich aber auch anderweit, z. B. bei Miete.

[3]) Definitionen werden in diesem Buche im allgemeinen nicht gegeben, weil sie der Darstellung des B.G.B. vorzubehalten sind.

dem als Institut des ius gentium das mutuum als unverzinsliches Freundesdarlehen gegenübertrat.[1]) Mit Abkommen des nexum wurde das mutuum alleiniges Darlehensgeschäft, behielt aber den Charakter der Unverzinslichkeit (als stricti iuris negotium), Zinsen (hier usurae) mußten besonders[2]) stipuliert werden. An sich war also das mutuum wie die anderen Realkontrakte unentgeltliches Rechtsgeschäft, contractus bilateralis inaequalis.[3])

Das Darlehen hat mit dem Kommodat (Leihe) gemein, daß Sachen zum Gebrauch gegeben werden (Karlowa II,592), unterscheidet sich aber von Kommodat und auch Depositum dadurch, daß es sich bei ihm um vertretbare Sachen (genus, nicht species) handelt, die in das Eigentum, nicht in bloße Detention des Empfängers übergehen, non eaedem (sc. res), sed aliae eiusdem naturae (Gegensatz: Rückgabe in natura) reddantur (Gajus 3,90), unde etiam mutuum appellatum est. Doch handelte es sich immer um ein certum; bei certa pecunia war die strikte condictio certi gegeben, bei certa res (sonstige vertretbare Sachen) die strikte condictio triticaria (von triticum = Getreide).

Mangels einer Zeitbestimmung galt der allgemeine Satz: quod sine die debetur statim debetur, Zurückzahlung mußte sofort erfolgen; anders B.G.B. 609.

Zur Klage aus dem Darlehen (condictio mutui) gehört Behauptung und Beweis der Sachhingabe. Selbst wenn dies durch Urkunde (cautio) geschah, konnte die exceptio non numeratae pecuniae bei tatsächlich nicht erfolgter Auszahlung trotz vorher gegebenen Schuld-

---

[1]) Vgl. Karlowa II 591.

[2]) So auch B.G.B. 808/9.

[3]) Im Gegensatz zu aequalis, synallagmatisch, mit Gegenleistung als Wesensinhalt, z. B. Kauf.

scheins[1]) geltend gemacht werden mit der Wirkung, daß Kläger anderweiten Nachweis führen mußte. Andererseits hatte ein Schuldschein nach gewisser Zeit — bei Justinian nach 2 Jahren seit Ausstellung — unumstößliche Beweiskraft, wirkte konstitutiv, als eine Art neuer litterarum obligatio.[2])

Großjährige Hauskinder[3]) waren in der Darlehensfähigkeit beschränkt (vgl. Sct. Macedonianum).

Über den contractus mohatrae (baräta), Hingabe von Sachen zur Versilberung zwecks Darlehen, vgl. 11 D. 12,1.

Eine Besonderheit ist die pecunia trajecticia, Schiffsdarlehen, eine kommanditarische Geschäftseinlage beim Erwerb durch Seeschiffahrt (vgl. 1 D. 22,2). Dieses Darlehen unterscheidet sich wesentlich vom Bodmereidarlehen des heutigen Seerechts, das ein vom Kapitän unterwegs aufgenommenes Not-Darlehen ist. Im Gegensatz zur Bodmerei-(Risiko-)Prämie war denn auch das foenus nauticum in der Höhe beschränkt (von Justinian auf 12 %).[4])

B. Commodatum (Leihe) ist unentgeltliche (Sachhingabe mit) Gebrauchsüberlassung einer Spezies[5]) (beim Darlehen eines genus), ohne daß sich wie beim Darlehen das Eigentum ändert. Eine mit dem schuldrechtlichen Kommodat nicht zu verwechselnde Gebrauchsüberlassung war das sachenrechtliche,[6]) regelmäßig jeder-

---

1) Dieser konnte mit condictio zurückgefordert, bezw. mit querela non numeratae pecuniae angefochten werden.

2) 14 C. 4,30.

3) Das B.G.B. kennt solche nicht, da mit der Volljährigkeit die elterliche Gewalt trotz Verbleibens im Hausstande endet. B.G.B. 1626.

4) Für andere Zinsen war 6% der Höchstsatz.

5) So auch B.G.B. 598.

6) Der Gegensatz ist ähnlich wie der heutige von Pacht und

zeit, beliebig widerrufliche (im Gegensatz zur Leihe) precarium, das vorkommen konnte beim Käufer, der noch nicht bezahlt hatte, beim Verpfänder, der die Pfandsache — etwa sein Warenlager — behalten sollte. Während daher der Verleiher seine Sache zurückfordern konnte entweder auf Grund seines dinglichen Rechts (als Eigentümer mit der rei vindicatio, als juristischer Besitzer — der Entleiher war bloßer detentor — mit Besitz-Interdikt) oder auf Grund seines persönlichen Anspruchs mit der actio commodati, konnte der precario dans die prekaristisch verliehene Sache nur mit dem interdictum de precario vom Prekaristen zurückfordern. Später allerdings nahm man einen Innominat-Kontrakt an und gab daher eine actio praescriptis verbis (2,2 D. 43,26).

Von der Miete als Gebrauchsüberlassung unterscheidet sich das Kommodat wie die Leihe des B.G.B. durch die Unentgeltlichkeit,[1]) von der Schenkung durch die nur zeitweise Überlassung.

Wie bei allen negotia bonae fidei war beim Kommodat neben der actio commodati directa des Verleihers (commodo dans, commodans) eine actio commodati contraria[2]) des Entleihers, Kommodatars für Ersatz von Aufwendungen u. s. w. gegeben.

C. Depositum[3]) (Verwahrung), nicht zu verwechseln mit der depositio (Hinterlegung) als Sicherheitsleistung[4]) oder Erfüllungssurrogat[5]) (wie die Preis-

Nießbrauch, erstere persönliches, letztere dingliches Recht, in der Beziehung zu einer Sache aber inhaltsähnlich.

[1]) Daher richtig Mietsbücherei, nicht Leihbibliothek.

[2]) Beim Kauf (negotium bonae fidei, contractus bilateralis aequalis) war die Gegenklage (zur actio venditi), die actio emti, bei der Miete standen sich gegenüber actio locati des Vermieters, actio conducti des Mieters.

[3]) Dig. 16,3. B.G.B. 688ff. [4]) B.G.B. 232ff.

[5]) B.G.B. 372ff.

gebung), wenn diese auch auf einem Deposital-Vertrage beruht. Das Depositum war Sachhingabe zur unentgeltlichen[1]) Verwahrung. Der Depositar war — wie heute — zu besonderer Bewachung nicht verpflichtet und hatte nur für dolus und culpa lata einzustehen,[2]) wodurch sich das Depositum vom mandatum ad custodiendum unterschied.[3])

Die actio depositi gehörte wie z. B. auch die Mandats- und Sozietätsklage zu den actiones famosae, bei denen Verurteilung infamierte. Ihr gegenüber gab es seit Justinian kein Retentionsrecht mehr, auch keine Kompensationseinrede (11 C. 4,34). Letztere wäre besonders denkbar gewesen beim depositum irregulare: Hinterlegung vertretbarer Sachen mit der Verpflichtung der Rückgabe einer gleichen Menge gleicher Art. In diesem Falle finden nach B.G.B. 700 die Vorschriften über das Darlehen entsprechende Anwendung. Für das r. R. vergleiche l. 24 D. 16,3.

Entgeltliche Verwahrung behandelt das r. R. als Dienstvertrag (vgl. 8, 9 D. 16,3).

D. Pignus (Faustpfandvertrag, Dig. 13,7), zu unterscheiden vom sachenrechtlichen pignus (Faustpfand). Der contractus pigneraticius gab nicht bloß Detention wie Leihe und Verwahrung, sondern juristischen Besitz, der geschützt war durch actio pigneraticia in rem, während die Kontraktsklage zwischen Pfandschuldner und Pfandgläubiger die actio pigneraticia in personam (directa — contraria) war. Dieser Vertrag ist im B.G.B. nicht besonders erwähnt.

---

[1]) Abweichend B.G.B. 689.

[2]) Anders B.G.B. 690 (diligentia quam suis).

[3]) Vgl. Karlowa II 605.



§ 58. Die Innominatkontrakte.

In der Anerkennung von Innominatkontrakten (unbenannten Realkontrakten) durch das römische R. liegt die Anerkennung des auch für das B.G.B. geltenden Prinzips der Vertragsfreiheit des Obligationenrechts im Gegensatz zu dem Prinzip der Geschlossenheit der Zahl der dinglichen Rechte.

Man brachte die einzelnen Innominatkontrakte unter 4 typischen Formen unter: do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias (5 pr. D. 19,5). Konnte man ein kontraktliches Gebilde, das Anerkennung haben sollte, unter keine der bereits bekannten Kontraktsformen bringen, so behandelte man es als Innominat-Kontrakt. Die Klage für einen solchen Innominatkontrakt war eine für den besonderen Fall (in factum) gegebene actio praescriptis verbis, die statt der gewöhnlichen demonstratio eine den zu schützenden Tatbestand ausführlich schildernde praescriptio[1]) enthielt.

Vorbildlich war die actio (praescriptis verbis) de aestimatione des contractus aestimatorius, Trödelvertrag (Dig. 19,8): Hingabe einer res aestimata vendenda. Zu erwähnen ist hier noch der Tausch (permutatio), den die Sabinianer als doppelseitigen Kauf, also als Konsensualkontrakt behandelten (Gajus 3,141), während ihn Justinian im Anschluß an die Ansicht der Prokulianer (Labeo) als Innominatkontrakt (Realkontrakt) betrachtet (1,2 D. 19,4).[2])

Zu den Innominatkontrakten rechnete man auch die Wette (sponsio, 17,5 D. 19,5). Wetten waren

---

[1]) In einem anderen Sinne bedeutet praescriptio dasselbe wie exceptio.

[2]) Das B.G.B. 515 teilt die Ansicht der Sabinianer. Tauschhandel = Barattohandel.

erlaubt.[1]) Sie spielten sogar im älteren Zivilprozeß eine große Rolle.

§ 59. Die Konsensualkontrakte.

Das verbindliche Moment liegt hier in der Vertragsberedung (nudus consensus). Wenn hier die Hingabe einer Sache zu erfolgen hat, so geschieht sie nicht wie bei den Realkontrakten obligandi causa, sondern schon solvendi causa.

Ursprünglich kannte man nur 4 Typen von Konsensual-Kontrakten; emptio-venditio, locatio-conductio, mandatum, societas. Durch Kaiser Zeno (476—84 n. Chr.) wurde auch der contractus emphyteuticarius als Konsensual-Kontrakt erklärt (1 C. 4,66).

A. Emptio-venditio. Der Kauf ist neben der locatio-conductio der hauptsächlichste synallagmatische Kontrakt des römischen Rechts.

Ursprünglich vollzog sich der Kauf als Barkauf in der Form der mancipatio, die mit Einführung gemünzten Geldes Scheinform (mit der Möglichkeit des Kreditkaufs) und als solche eine allgemeine Form der Eigentumsübertragung und ähnlicher Akte wurde. Der mancipatio mußte natürlich eine Kaufberedung vorhergehen, die aber rechtlich belanglos, irrelevant war. Neben der mancipatio mußten aber auch, sobald sie abstraktes Geschäft der Eigentumsübertragung geworden war, materielle Beredungen einhergehen, die dem abstrakten Geschäfte den rechtlichen Inhalt gaben, wie etwa Verabredung des Kaufs, der Schenkung, fiduzia-

[1]) Verboten waren Glücksspiele (im Gegensatz zu Unterhaltungsspielen). Gezahlte Spielschulden konnten sogar zurückgefordert werden; vgl. 1 C. 3,43, wo es heißt: Alearum lusus antiqua res est et extra opera pugnantibus concessa, verum pro tempore prodiit in lacrimas . . .



rischer Überlassung. Diese Beredungen nannte man nuncupationes, leges und bezüglich ihrer bestimmten schon die 12 Tafeln: cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncuppassit, ita jus esto. Beim Kauf waren es streng einseitige stipulationes emti und venditi.[1]) Aus diesen entwickelte sich der klagbare Konsensualkontrakt emptio-venditio, wie manche annehmen, im 6. Jahrhundert anni urbis.

Die wesentliche Gegenleistung des Käufers für die merx (Ware) ist das pretium (Kaufgeld, merces = Mietsgeld). Dasselbe mußte certum[2]) sein (konnte nicht in das Belieben einer Partei gestellt sein) und iustum — seit Diokletian —, d. h. nicht geringer als die Hälfte des Wertes, anderenfalls der Verkäufer den Kauf wegen laesio enormis anfechten konnte.[3])

Verpflichtungen des Verkäufers waren:

Er hatte die Sache zu tradieren. Der Kaufvertrag war auf Eigentumsverschaffung gerichtet (80,8 D. 18,1).

Allerdings ließ man es aber, soweit eine Haftung des Verkäufers wegen Eviktion (Entwehrung, gerichtlicher, erfolgreicher Angriff auf die vom Käufer erworbenen Rechte wegen Mangelhaftigkeit derselben, Rechtsmängel) in Frage kam, genug sein, wenn der Käufer im habere licere, im Haben und Genießen nicht beeinträchtigt war. Die bloße Existenz entgegenstehender Rechte gab noch keinen Eviktions-Anspruch.[4]) Der

---

[1]) Vgl. auch Jhering III 2021 der in der emptio — venditio zwei einseitige, über einander geschobene Geschäfte sieht.

[2]) Gajus 3,140.

[3]) 2 C. 4,44. Im gemeinen Rechte war Anfechtung wegen laesio enormis sowohl dem Käufer wie dem Verkäufer, im Preuß. allgem. Landrecht nur dem Käufer gegeben; in das B.G.B. ist sie nicht aufgenommen, Ersatz sind die Bestimmungen über Wucher.

[4]) Weiter geht B.G.B. 434, nach dem die gekaufte Sache frei

Käufer mußte, wenn es zum Prozesse kam, dem Verkäufer den Streit verkünden (litis denuntiatio), um ihm die Möglichkeit der Beistandleistung zu geben. Bei Entwehrung haftete der Verkäufer im Falle des Manzipationskaufs mit der actio auctoritatis auf das doppelte des Kaufpreises, bei der emtio-venditio mußte man sich dies — und tat es gewöhnlich — durch duplae stipulatio besonders zusichern lassen. Wiewohl im letzteren Falle ein Verbalkontrakt (stricti iuris negotium) vorlag, konnte man das duplum doch mit der actio emti (bonae fidei) einklagen.

Der Verkäufer haftete bei Sachmängeln nach ius civile nur für Zugesagtes (dicta et promissa) und für arglistig verschwiegene Mängel, und zwar mit der actio emti.[1]) Nach dem Edikte der kurulischen Ädilen haftete der Verkäufer aber auch für erhebliche, heimliche Mängel, entweder mit actio redhibitoria[2]) (innerhalb sex menses utiles) auf Rückgängigmachung des Kaufs oder mit actio quanti minoris[3]) (innerhalb eines annus utilis) auf Preisminderung (vgl. 19 D. 21,1).

Besonders beim Kauf übliche Nebenverträge waren:

pactum displicentiae, Rücktrittsvertrag,[4])
in diem addictio, Rücktrittsvertrag für den besonderen Fall, daß sich ein besserer Käufer findet (1 D. 18,2),
lex commissoria,[5]) Rücktrittsvertrag für den Fall nicht rechtzeitiger Preiszahlung (Dig. 18,8).[6])

---

von Rechten zu verschaffen ist, die von Dritten gegen den Gläubiger geltend gemacht werden können.

[1]) Heute die Schadensersatzklage des B.G.B. 468.

[2]) Wandelungsklage; B.G.B. 462.

[3]) Minderungsklage; B.G.B. 462.

[4]) B.G.B. 846.

[5]) Lex commissoria im Pfandrecht ist Eigentum-Verfalls-klausel.

[6]) Ein pactum reservati dominii gab es im r. R. nicht,

B. Locatio-conductio (Inst. 3,24 Dig. 19,2, Gajus 3,142-47).

Im Gegensatz zum Kauf geht sie als locatio-conductio rei, Sachmiete, nur auf vorübergehende Verschaffung einer Sache. Im übrigen haben Kauf und Miete aliquam familiaritatem (Gajus 3,145). Neben der locatio-conductio rei gibt es eine locatio-conductio operis (Werkvertrag) und operarum (Dienstvertrag).

Man nimmt auch von der Miete an, daß sie nicht von vornherein Konsensualkontrakt gewesen sei.[1])

Während bei Kauf Leistung Zug um Zug (Barkauf) die Regel ist, muß bei der Miete die Leistung des Vermieters vorausgehen[2]) (falls nichts anderes vereinbart ist).

Sachmiete. Die älteste Art war wohl die von beweglichen Sachen, z. B. Sklaven (locare = aufstellen, conducere = mit sich führen).[3]) Als älteste Immobilienmiete sieht man die Parzellenverpachtung und Vermietung von Wohnräumen an abhängige Leute (coloni—inquilini) an und erklärt damit, daß der Mieter weder Besitz[4]) noch ein dingliches Recht, sondern nur Detention an der Mietssache hatte, von einem neuen Erwerber ausgewiesen werden konnte (Kauf bricht Miete).[5]) Die Miete war also ein lediglich obligatorischer Anspruch auf uti frui (frui bei Landmiete, Aftervermietung) licere. Zwischen Miete und Pacht wurde nicht allgemein unterschieden,[6]) doch gab es bei Landmiete eine remissio

---

weil trotz Tradition Eigentum erst mit Preiszahlung überging (so schon die 12 Tafeln).

1) Vgl. z. B. Karlowa II, 635 ff.

2) So auch B.G.B. 551.

3) Anders Karlowa II 636. 4) Anders B.G.B. 868.

5) Anders B.G.B. 571 ff. (Kauf bricht nicht Miete.)

6) Anders B.G.B. 581 ff.

mercedis[1]) bei Mißernte, bei praedia urbana hatte der locator ein gesetzliches Pfandrecht (pignus tacitum) an invecta et illata, bei praedia rustica nur an den Früchten[2]) (Dig. 20,2).

Dienstmiete. Man unterschied operae liberales, für die höchstens ein unklagbares Honorar gegeben wurde, und operae illiberales, die gegen klagbares merces zu haben waren. Locator ist hier meist — im Gegensatz zur Sachmiete — der wirtschaftlich Schwächere, der Arbeitleistende. Kam es nicht auf die operae, sondern auf den Effekt, das opus an,[3]) so lag

Werkvertrag, locatio-conductio operis vor; locator war hier nicht der Arbeitleistende (Unternehmer, redemptor), sondern der Besteller, dominus. Lieferte der Unternehmer auch das Material, so nahm man überwiegend Kauf an.[4]) Der wesentliche Gegensatz zwischen Dienstmiete und Werkvertrag liegt in der Gefahrtragung, die bei letzterem dem Arbeitleistenden bis zur Fertigstellung des Werks — falls dieses überhaupt abnahmefähig war — zufiel.[5]) Ein gesetzliches Pfandrecht, wie nach B.G.B. 647, hatte der Unternehmer nicht.

C. Mandat (Gajus 3,155ff. Inst. 3,26, B.G.B. 662—76).

Eine Obligation erzeugte nur der Auftrag sive nostra gratia sive aliena (Gajus 3,155). Das man-

---

1) Dem B.G.B. unbekannt.

2) Anders B.G.B. 585 (Verpächter hat Pfandrecht sowohl an invecta et illata wie an Früchten).

3) Vgl. B.G.B. 631.

4) Vgl. Gajus 3,147, 20 D. 18,1, B.G.B. 651.

5) 37 D. 19,2. Nach B.G.B. 644 trägt der Unternehmer die Gefahr bis zur Abnahme (approbatio operis), abgesehen von zufälligem Untergang des gelieferten Stoffes.

datum tua gratia (Rat, Empfehlung)[1]) erzeugte keine Obligation: consilii non fraudulenti nulla obligatio est.[2]) Für dolus bei Raterteilung haftete man natürlich mit der actio doli.

Karlowa II,665 bezeichnet das Generalmandat des procurator omnium bonorum als älteste Form.

Der wesentliche Unterschied des Auftrags von der Dienstmiete besteht in der Unentgeltlichkeit des ersteren. Doch wurden gewisse, honorierte operae liberales später hierher gezählt. Nach gemeinem Recht war die Unentgeltlichkeit kein Begriffsmerkmal. Das B.G.B. legt auf sie aber wieder stärksten Nachdruck. Doch finden auf Dienstverträge über Geschäftsbesorgung die meisten Sätze über Auftrag Anwendung (B.G.B. 675).

Der Beauftragte wird oft eine Vollmacht (durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht) haben müssen.

Der Auftrag erlosch u. a. durch Tod, nicht bloß des Mandatars[3]) — wie heute[4]) —, sondern auch des Mandanten (mandator).

Besondere Arten:

mandatum ad custodiendum, Bewachungsauftrag mit schärferer custodia als die Verwahrung (depositum), nach r. R. war hier culpa levis zu prästieren, bei depositum nur culpa lata;

mandatum qualificatum (aliena gratia), Kreditauftrag = Bürgschaft[5]) (Gajus 3,156 i.f.).

mandatum ad agendum, Prozeßmandat, bedeutungsvoll als in rem suam bei der Zession;

---

1) Gajus 3,156. B.G.B. 676.

2) 47 pr. D. 50,17.

3) In den Quellen stets procurator.

4) B.G.B. 672.

5) B.G.B. 778.

die Anweisung, Assignation (B.G.B. 783) wurde im gemeinen Rechte[1]) als Doppelmandat (mandatum solvendi und accipiendi) betrachtet.

D. Societas. (Gajus 3,148 ff. Inst. 3,25 B.G.B. 705—740).

Gajus 3,148: Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii. Als älteste Form betrachtet man vorwiegend die societas omnium bonorum[2]) und als ihren Ausgangspunkt das consortium von Miterben.

Ursprünglich scheinen sowohl die Vermögensanteile wie die Gewinnanteile die gleichen gewesen zu sein. Später erst scheint man die Möglichkeit verschiedener Gewinnbeteiligung anerkannt zu haben, Gajus 3,149. Doch konnte nicht einer vom Gewinn ganz ausgeschlossen sein (societas leonina). Im Zweifel, d. h. wenn nichts anderes bestimmt war, waren die Gewinnanteile gleich.[3]) Die Einlagen konnten pecunia oder opera sein.[4])

Nach innen hatten die Gesellschafter einander diligentia quam suis[5]) zu prästieren und hatten gegeneinander die bei Verurteilung infamierende actio pro socio.

Nach außen traten die Gesellschafter nicht geschlossen als Gesellschaft wie die Korporation auf, sondern jeder wurde für sich berechtigt und verpflichtet und mußte erst den anderen Gesellschaftern ihren Anteil verschaffen. Es bestand kein Gegensatz von Gesellschaftsforderungen (-schulden) und Privatforderungen (-schulden) eines

---

1) Noch das Allgemeine Landrecht vertrat hier die Mandatstheorie. 2) Vgl. Karlowa II 652.

3) 1 J. 3,25, B.G.B. 722.

4) Gajus 3,149 i. f., B.G.B. 706.

5) So auch B.G.B. 708.

einzelnen socius. Die römische societas war individualistisch gestaltet.

Der Gesellschaft steht nahe die communio, entweder vertragsmäßig, cum societate oder häufiger incidens (von selbst eintretend), z. B. Erbengemeinschaft mit actio familiae erciscundae, während sonst hier als Teilungsklage die actio communi dividundo gegeben war (1. 2 pr. D. 10,3).[1] Eine besondere Gemeinschaftsteilungsklage, die dritte der 3 Teilungsklagen, ist die actio finium regundorum.

§ 60. Pacta vestita (klagbare).

1) Pacta adiecta sind beim Abschluß (in continenti) einem Vertrage beigefügte formlose Nebenverträge. Neben einer Stipulation galten sie nur, wenn in ihnen die Schuldhaftung gemindert war, nicht auch, wenn diese durch Nebenvertrag verstärkt werden sollte. Hierin liegt eine Rücksichtnahme der späteren Zeit auf den Schuldner.

2) Pacta praetoria.

Durch den Prätor wurde auch einigen selbständigen pacta Klagbarkeit gegeben:

constitutum[2]) debiti (proprii-alieni). Dig. 13,5. actio de pecunia constituta.

Das constitutum debiti proprii (Erfüllungsversprechen, Schuldbefestigung einer bereits bestehenden Schuld) konnte mannigfachen Zwecken dienen, bloßer Prolongation, Begründung der Klagbarkeit für eine Natural-Obligation, Änderungen der bestehenden Schuld.

---

[1]) S. auch B.G.B. 741 ff.

[2]) Nicht zu verwechseln mit constitutum possessorium, d. i. vereinbarter Eigentumsentsagung, vgl. B.G.B. 930.

Es diente also ähnlichen Zwecken wie die Novation, im scharfen Gegensatz zu dieser wirkte es aber als Übernahme einer neuen, selbständigen Verbindlichkeit zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers nicht an Erfüllungsstatt (novatorisch),[1] sondern nur erfüllungshalber, d. h. die alte Verbindlichkeit blieb mit ihren Nebenrechten (Accessorien) und Einreden bestehen. Gegen die Anstellung zweier Klagen aus den verschiedenen Verpflichtungsgründen schützte die exceptio doli, mit deren Einführung erst die Möglichkeit des Konstitutum gegeben war.

Das constitutum debiti alieni hatte die Wirkung formloser, selbständiger Verbürgung im Gegensatz zur verbalen,[2] rein accessorischen[3]) fideiussio, war besonders wichtig als receptum[4]) argentarii,[5]) Gutsage des Bankiers für seinen Kunden zu Gunsten etwa von dessen Lieferanten.[6])

receptum arbitri, Übernahme des Schiedsrichteramts auf Grund eines zwischen streitenden Parteien geschlossenen Schiedsvertrags (compromissum), durch den diese sich unter Strafstipulation der Entscheidung des arbiter unterwarfen. Weigerte sich letzterer nach geschehener Übernahme des Amts, so gab der Prätor die actio ex recepto (D. 4,8). Vgl. Reichszivilprozeßordnung 10. Buch.

receptum cauponum s. später.

---

[1]) So daß das alte Schuldverhältnis erlosch. Die Vermutung spricht nach B.G.B. 864,2 für das constitutum, nicht für Novation.

[2]) Form der stipulatio.

[3]) Mit Abschwächung der Hauptschuld sich auch abschwächend.

[4]) actio recepticia.

[5]) Karlowa II 758—61 sieht es als einen solennen Verbalakt an im Anschluß an die sehr bestrittene 2 pr. C. 4,18.

[6]) Vgl. auch das mandatum qualificatum, S. 185.

3) Pacta legitima (kraft Gewohnheitsrecht klagbar gewordene formlose Verträge, von denen der wichtigste die Schenkung ist).

Eine donatio vollzieht sich aut dando (dare = Eigentum übertragen) aut promittendo (Eingehung einer Verpflichtung) aut liberando (Schulderlaß).

Von der donatio ist scharf zu unterscheiden der Schenkungsvertrag.[1]) Non potest liberalitas nolenti adquiri (19,2 D. 39,5).[2]) Quae et donantem pauperiorem et accipientem faciet locupletiorem (animus donandi, 5,8 D. 24,1). Donatio mortis causa—inter vivos (pr. J. 2,7).

Beschränkungen:

Schenkungen unter Ehegatten waren verboten.

Verbot übermäßiger Schenkungen durch die lex Cincia, eine lex imperfecta, ausgenommen Schenkungen an gewisse nahestehende Personen. Die lex Cincia wurde in der Kaiserzeit obsolet.

Durch Konstantin (306—37) wurde für alle Schenkungen gerichtliche Insinuation vorgeschrieben.

Durch Justinian wurde diese auf Schenkungen über 500 solidi[3]) beschränkt, im übrigen formloser Vertrag, wie ursprünglich, für genügend erklärt.

§ 61. Obligationen quasi ex contractu.

1) Negotiorum gestio, Geschäftsführung ohne Auftrag (1 Inst. 3,27, D. 3,5, B.G.B. §§ 677 ff.).

Abgesehen von besonderer Berechtigung (Eltern, Ehemann durch das Gesetz, Vormund, Konkursverwalter

---

[1]) Heute g. o. n. Beurkundung, B.G.B. 518.

[2]) So auch B.G.B. 516.

[3]) In der gemeinrechtlichen Praxis auf $4666^2/_3$ Mk. festgestellt. So auch Reichsgericht.

durch gerichtliche Anordnung, der Beauftragte durch Rechtsgeschäft) besteht die Möglichkeit und oft moralische Verpflichtung,[1]) die Geschäfte eines anderen zu besorgen.

Die Rechtsverhältnisse der negotiorum gestio haben jedenfalls erst später als der Auftrag gesetzliche Anerkennung gefunden. Bestritten ist, ob sie auf ius civile oder jus honorarium beruhen.[2]) Wlassak, Zur Geschichte der negotiorum gestio ist — und wahrscheinlich mit Recht — für das letztere.

Der dominus (Geschäftsherr) hat die actio negotiorum directa auf Rechenschaftsablegung und Ausantwortung, der Geschäftsführer die actio negotiorum contraria auf Ersatz von Verwendungen.

2) Tutela. 2 Inst. 3,27, s. Familienrecht.

3) Communio incidens (sine societate) 3. 4 Inst. 3,27, bereits im Anschluß an societas erledigt.

4) Die Obligation des Erben gegenüber dem Vermächtnisnehmer 5 Inst. 3,27.

5) Ungerechtfertigte Bereicherung, 6. 7 Inst. 3,27, B.G.B. 812 ff. Die Rückforderung (condictio) kann auf verschiedenen Gründen beruhen:

condictio indebiti bei Zahlung einer Nicht-Schuld,

condictio causa data causa non secuta 7,1 D. 12,4 (Rückforderung der dos, wenn es nicht zur Ehe kommt),

condictio ob turpem vel iniustam causam, 2,1 D. 12,5 (si tibi dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te). Ubi autem et dantis et accipientis turpitudo versatur, non posse repeti dicimus:

---

1) Wo 86 D. 50,17 nicht gelten kann: Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti, beliebter Wahlspruch eines feigen Geschlechts.

2) Vgl. Karlowa II 668 ff.

veluti si pecunia detur, ut male iudicetur (3 D. 12,5).[1])

§ 62. Obligationen ex delicto.

Transeamus nunc ad obligationes quae ex delicto nascuntur ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit (Gajus 3,182).

Es sind dies die delicta privata (im Gegensatz zu den delicta publica oder crimina), mit Privatklage (im Gegensatz zur öffentlichen Anklage) und Privatstrafen (actiones poenales). Actiones mixtae im Gegensatz zu mere poenales waren zugleich rei persecutoriae. Die Obligationen ex delicto waren passiv unvererblich.

Bei einigen Privat-Delikten konnte im Laufe der Zeit statt privater Verfolgung öffentliche Anklage beantragt werden.

Im modernen Rechte scheidet man scharf die zivilrechtlichen und die strafrechtlichen Wirkungen eines Delikts. In der Regel erzeugt ein Delikt beide Wirkungen. Das damnum (Sachbeschädigung) ist aber z. B. nach Reichsstrafgesetzbuch nur bei Vorsatz strafbar. Fahrlässiges damnum erzeugt also heute nur einen zivilen Anspruch. Umgekehrt ist z. B. Majestätsbeleidigung strafbar, aber ohne zivilrechtliche Wirkung.

Eine äußerliche Verbindung von Strafe und Zivilanspruch ist heute gegeben mit der Geltendmachung einer Buße im Wege der Nebenklage neben öffentlicher Anklage, hauptsächlich auf Grund des Urheberrechts (z. B. bei Patentverletzung).

Einen pönalen Beigeschmack haben die als eine Art Schmerzensgeld zu bezeichnenden (wenn auch das Gesetz von Schaden spricht) Zivilansprüche aus B.G.B. 847, 1300.

---

1) So auch B.G.B. 817 Satz 2.

Furtum est contrectatio rei fraudulosa lucri faciendi gratia vel ipsius rei (Diebstahl — Str.G.B. 242 — und Unterschlagung) vel etiam usus eius (Str.G.B. § 290) possessionisve (Str.G.B. § 289).[1]) Furtum und Diebstahl decken sich auch insofern nicht, als beim Diebstahl schon die Absicht rechtswidriger Zueignung genügt. Vgl. 14,2 D. 19,5.

Mit Labeo unterschied man furtum manifestum (Ertappung auf frischer Tat) und nec manifestum.

Die actio furti stand jedem, der an der Sache ein Interesse hatte, zu und ging beim furtum manifestum nach den 12 Tafeln auf Addiktion (Verknechtung) des fur an den Geschädigten,[2]) nach dem prätorischen Edikte aber nur auf das Vierfache des Werts, in quadruplum, beim furtum nec manifestum in duplum.

Neben der rein pönalen actio furti gab es eine nur dem Eigentümer zustehende, reipersekutorische condictio furtiva.[4]) Furti actio poenam petit legitimam, condictio rem ipsam.[5]) Fur semper in mora est: bei Untergang oder Verschlechterung ist auf den höchsten Wert in der Zwischenzeit zurückzugehen (8,1 D. 13,1).[6])

Vi bona rapta, als besonderes Delikt infolge der Plünderungen und Sachbeschädigungen der Bürgerkriege aus der letzten Zeit der Republik entstanden. Hieraus entwickelte sich wieder als besonderes Delikt der Raub (rapina), Diebstahl mit Gewalt, mit der Strafe des furtum manifestum.

Damnum iniuria datum (Gajus 3,210-19, Inst. 4,3).

---

1) 1,3 D. 47,2. 2) Gajus 3,183.
3) Gajus 3,189. 4) Gajus 4,4.
5) 7,1 D. 13,1.
6) Für das B.G.B. vgl. die §§ 849 und 290.

Im Anschluß an die lex Aquilia, ein Plebiszit unbestimmten Alters, welche Bestimmungen über Sachbeschädigung traf, wurde dieses Delikt durch die Interpretation der Juristen zur Ausbildung gebracht. Zu seinen Begriffsmerkmalen gehörte:

a) damnum iniuria datum, es genügte culpa levissima,

b) damnum corpori datum, die lex Aquilia betraf nur Sachbeschädigung, nach und nach wurde jede Vermögensschädigung, auch Körperverletzung einbezogen,

c) damnum corpore datum, d. h. die Beschädigung mußte unmittelbar durch körperliche Einwirkung herbeigeführt sein. Später wurde auch mittelbarer Schaden berücksichtigt.

Es war der höchste Wert (pönal) der Zwischenzeit zu ersetzen. Lis infitiando crescit in duplum (Gajus 4,9).

Iniuria umfaßte Körperverletzung, tätliche und wörtliche Beleidigung, sowohl der eigenen Person wie der Familienglieder (Gajus 3,221). Notwendig war der animus iniuriandi (Beleidigungsabsicht). Die Strafe bei membrum ruptum war nach den 12 Tafeln Talion (Gajus 3,228), im übrigen Geldstrafe. Im prätorischen Edikte wurde später die infamierende actio injuriarum aestimatoria gegeben, wobei der Privatkläger seinen Schaden in Geld abschätzte. Als atrox iniuria wurde angesehen ex facto tätliche, ex loco öffentliche und ex persona Beamten-Beleidigung (Gajus 3,225).

Zu erwähnen sind hier noch dolus, fraus und metus.

Dolus. Für arglistige Vermögensschädigung führte der Prätor Aquilius Gallus 66 v. Chr. die

generelle, aber höchst subsidiäre, infamierende actio doli ein. Sie verjährte in 2 Jahren. Der Kläger konnte sein Interesse durch iusiurandum in litem (Würderungseid) feststellen. Gegen die Erben ging sie nur auf die Bereicherung.

Fraus oder alienatio in fraudem creditorum, Beiseiteschaffung von Vermögensstücken bei Konkurs, berechtigte zur Anfechtung durch actio Pauliana. Ihre Voraussetzungen waren:

a) alienatio, Entäußerung (auch Pfandbestellung),
b) consilium fraudis, Betrugsabsicht des Kridars,
c) conscientia fraudis des Geschäftsgenossen,
d) eventus fraudis, wirkliche Schädigung.

Metus, erzeugt durch vis compulsiva, gab die actio quod metus causa gegen den Zwingenden, eventuell auf quadruplum. Als in rem scripta ging sie gegen jeden Dritten auf Herausgabe der Bereicherung.

§ 63. Obligationen quasi ex delicto (Inst. 4,5).

Die Syndikatsklage war eine actio in factum gegen den iudex qui litem suam fecerit, den Prozeß auf sich gezogen hatte wegen Pflichtwidrigkeiten.

Die actio de effusis vel deiectis ging gegen den Bewohner des Raums, aus dem gegossen, geworfen war, auf Schadensersatz. War ein Freier getötet worden, dann war sie Popularklage, d. h. sie konnte von jedem angestellt werden.

Die actio de posito vel suspenso, Popularklage bei unberechtigter Aufstellung auf offener Straße.

Receptum nautarum, cauponum, stabulariorum bei Entwendung oder Beschädigung eingebrachter Sachen. Die nautae u. s. w. hafteten für ihr Personal (3 J. 4,5).

§ 64. Obligationen ex lege.

Actio de pauperie, Haftung für den durch ein Haustier, auch ohne eigenes Verschulden herbeigeführten Schaden (Inst. 4,9).[1] Haftung regelmäßig nur, wenn das Tier contra naturam sui generis gehandelt hatte (heute belanglos).

Actio ad exhibendum (Dig. 10,4, B.G.B. 809—11). Sie konnte, wie der Vorlegungsanspruch des B.G.B., einmal der Vergewisserung über ein Rechtsverhältnis dienen. Sie konnte aber auch Restitutionsklage, Ersatzklage sein. Endlich konnte sie in besonderer Weise der Vorbereitung der rei vindicatio dienen. Letztere konnte sich nur gegen eine selbständige Sache richten. Gemma inclusa auro alieno vindicari non potest, sed ut excludatur, ad exhibendum agi potest (6 D. 10,4); alsdann konnte vindiziert werden. Heute erledigt sich dies in einer Klage.[2]

Die cautio damni infecti, eine stipulatio praetoria cautionalis (Inst. 3,18). Damnum infectum est damnum nondum factum, 2 D. 39,2. Sie mußte auf Anweisung des Prätors bei drohendem Gebäude-Einsturz[3]) zur Sicherung des Bedrohten vom Besitzer[4]) gestellt werden. Bei Weigerung erfolgte missio ex primo decreto, durch die der Bedrohte neben dem bisherigen Besitzer Detention und Obhut mit Reparaturbefugnis erhielt. Fortgesetzte Verweigerung der cautio

---

1) Vgl. B.G.B. 833.

2) Vgl. die Motive zu § 809 B.G.B., ferner B.G.B. 867, 1005, 1632 als besondere Anwendungsfälle der actio ad exhibendum.

3) B.G.B. 836, 908.

4) Wie heute, nicht bloß vom Eigentümer.

führte zur missio ex secundo decreto: Einweisung in das Eigentum.

Noxalklagen (Haftung für fremdes Verschulden).[1]

Ex maleficiis filiorum familias seruorumque ueluti si furtum fecerint aut iniuriam commiserint, noxales actiones (die Klagen gegen Sklaven u. s. w. als noxales) proditae sunt, uti liceret patri dominoue aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere: erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisue damnosam esse (Gajus 4,75).

Noxa est corpus quod nocuit i. e. servus, noxia ipsum maleficium (1 J. 4,8).

Omnes noxales actiones caput secuntur[2]) (gehen gegen den betreffenden Gewalthaber), Gajus 4,77.

Gajus 4,79: Cum autem filius familias ex noxali causa mancipio datur, diuersae scholae auctores putant ter eum mancipio dari debere quia lege XII tabularum[3]) cautum sit ne aliter filius de potestate patris exeat, quam si ter fuerit mancipatus; Sabinus et Cassius ceterique nostrae scholae auctores sufficere unam mancipationem crediderunt, et illas tres legis XII tabularum ad uoluntarias mancipationes pertinere.

---

1) Vgl. auch B.G.B. 832 mit 828.

2) „noxa caput (Gewaltverhältnis) sequitur.“

3) tabula IV 2, vgl. Esmarch S. 58.

3. Buch.

Sachenrecht.

Erster Abschnitt.

Besitz (possessio).

§ 65. Wesen und Arten des Besitzes.

Possessio ist tatsächliche,[1] rechtlich anerkannte Herrschaft über eine Sache, das tatsächliche Abbild des Eigentums. Der Besitzer als solcher ist gegen Störung und Entziehung des Besitzes selbst gegenüber dem Eigentümer geschützt.

Der Besitz setzt sich zusammen aus animus (Besitzwille) und corpus (tatsächliche Herrschaft über die Sache auch ohne unmittelbare körperliche Einwirkung).

Subjekt des Besitzes, d. h. besitzfähig ist nur, wer eigentumsfähig ist. Sklaven und Gewaltunterworfene konnten daher nur für ihren Herrn (dominus, paterfamilias) besitzen. Juristische Personen besitzen durch ihre Stellvertreter (Organe). Plures eandem rem in solidum (jeder auf das Ganze) possidere non possunt (3,5 D. 41,2).

Objekt des Besitzes, d. h. objektiv besitzfähig ist, was eigentumsfähig ist. Es können daher nicht besessen werden res extra commercium und Sachgesamtheiten. Dagegen heißt es 49,1 D. 41,2: possessio non tantum corporis sed et iuris est, d. h. an gewissen, dauernden Rechten, besonders Servituten, war eine iuris quasi possessio (Rechtsbesitz) möglich.

Arten des Besitzes.

1. Man unterscheidet für das r. R.:

---

[1]) Für das B.G.B. sehen ihn manche als Recht (hauptsächlich mit Rücksicht auf § 857), andere wenigstens als Rechtsposition an.

a) juristischen Besitzer (mit possidere im Gegensatz zu in possessione esse und mit animus domini, rem sibi habendi),

b) abgeleiteten Besitz (Faustpfandgläubiger, Prekarist, Sequester), der auch Rechtsschutz genoß, wiewohl er nur alieno nomine besaß,

c) den ungeschützten, bloßen detentor, Innehaber mit possessio naturalis, in possessione esse; hierunter fielen z. B. der Mieter, Kommodatar (heute sind sie rechtlich geschützte, unmittelbare Besitzer, während der Eigentümer der mittelbare Besitzer ist).

In das, was hier die Entwicklung historisch geschaffen hatte, hat man (Savigny u. a.)[1]) ein System zu bringen versucht und als Unterscheidungsmerkmal den animus domini, rem sibi habendi (Willenstheorie) aufgestellt. Schon Savigny mußte aber die Fälle des Pfandgläubigers 2c. (animus alieno nomine possidendi, aber doch rechtlich geschützt) als abgeleiteten Besitz für sich stellen. Andere wiesen darauf hin, daß auch der Mieter, Kommodatar 2c. den animus rem sibi habendi hätten und im römischen Rechte doch keinen Besitzesschutz hatten. Ihering stellte daher den Satz auf, daß lediglich das positive Recht entscheide (objektive Theorie),[2]) wer Besitzesschutz genieße oder nicht.

2. possesio vitiosa[3]) (fehlerhafter Besitz vi, clam, precario) — non vitiosa (fehlerfrei). Diese Unterscheidung ist wichtig wegen der exceptio vitiosae possessionis ab adversario. Der Dieb, der vi oder clam be-

---

[1]) Mit ähnlichem Mißerfolg wie bei der Korreal-Obligation, vgl. die dortigen Erörterungen.

[2]) Das B.G.B. unterscheidet zwischen unmittelbarem Besitzer (854), Besitzmittler (868) und Besitzdiener (855).

[3]) Vgl. auch B.G.B. 858.

sitzt, hat gegen einen anderen, der ihm wieder die Sache stiehlt, zwar die Besitz-(Entziehungs-)Klage, bringt aber nicht gegen den Eigentümer, der ihm die Sache wieder abgenommen hat, durch, denn dieser hat gegen ihn die exceptio vitiosae possessionis.[1]) Dieselbe war aber ausgeschlossen gegenüber dem immobiliaren interdictum unde vi.

3. possessio iusta — iniusta. Die possessio ist iniusta nicht bloß bei vi, clam, precario, sondern überhaupt, wenn der Besitz nicht auf einem gesetzlichen Eigentumserwerbsgrunde (causa possessionis, iustus titulus z. B. pro emptore, pro legato, pro donato 2c.) beruht. Diese Unterscheidung war für die Ersitzung, für das „werdende Eigentum" von Bedeutung, ohne Bedeutung aber für den Schutz des Besitzes, keine Voraussetzung desselben.

4. Redlicher (bona fides) — unredlicher Besitz (mala fides), ein subjektives Moment, das hauptsächlich für den Erwerb von Früchten einer besessenen Sache und für die Ersitzung bedeutsam war und ist.

§ 66. Erwerb und Verlust des Besitzes.

(Dig. 41,2 de adquirenda vel amittenda possessione).

A. Erwerb.

Apiscimur possessionem corpore et animo neque per se animo aut per se corpore (3,1 D. 41,2). Der Besitzwille brauchte der tatsächlichen Herrschaft erst zu folgen, z. B. der Verwahrer als bloßer detentor konnte durch Änderung seines animus alieno nomine possidendi in den animus domini juristischer, rechtlich

---

1) Vgl. auch B.G.B. 861,2.

geschützter Besitzer werden (brevi manu traditio)[1], jedoch nur mit Zustimmung des Berechtigten (Eigentümers 2c.), denn nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest (vergl. hierzu 3,19. 20 D. 41,2). Andererseits konnte der bisherige Besitzer den animus domini aufgeben und den animus alieno nomine possidendi fassen, so daß ihm nur das in possessione esse, die naturalis possessio verblieb, z. B. wenn der bisherige Eigentümer die Sache verkaufte, sie aber als Mieter weiterbehielt (constitutum possessorium = vereinbarte Besitz- und Eigentums-Entsagung, vgl. 18 pr. D. 41,2)[2]).

Possessionem adquirimus et animo et corpore: animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno. Ignoranti possessio non adquiritur, außer wenn der Besitz dem Gewalthaber durch Gewaltunterworfene ex peculiari causa (seine Gehilfen, verlängerten Organe)[3]), nicht Stellvertreter erworben wurde. Erst seit Hadrian konnte man Besitz durch extraneae personae (Stellvertreter) erwerben, amino utique nostro. Aber si procuratori meo hoc animo rem tradiderit ut mihi adquirat, ille quasi sibi adquisiturus acceperit nihil agit in sua persona sed mihi adquirit (13 D. 39,5); also auch hier ignoranti possessio adquiritur.

---

[1]) Vgl. auch B.G.B. 854,2. Von longa manu traditio spricht man bei Besitzübertragung umfangreicher Sachen, wie eines Grundstücks, wo es nicht nötig ist, ut qui fundum possidere velit, omnes glebas circumambulet, sondern wo man sich etwa mit einem demonstrare ex turre (Inaugenscheinnahme von einem Turm aus) begnügen wird.

[2]) S. auch B.G.B. 980.

[3]) Der Wille des Gewalthabers und Gewaltunterworfenen wurde beim Erwerbe als eins angesehen.



B. Verlust des Besitzes.

Wie zum Besitz et animus et corpus gehörte, so wurde er auch verloren vel animo vel corpore.[1])

Corpore wurde er z. B. verloren durch Hingabe zum Faustpfande, aber nicht durch Überlassung bloßer Detention, etwa an den Mieter. Das corpus und damit der Besitz wurde nicht aufgehoben durch eine ihrer Natur nach vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der Gewalt (vgl. 25 pr. D. 41,2).[2])

Animo wird der Besitz auch nur verloren bei dauerndem animus non possidendi. Wo ohne Willen Besitz erworben werden konnte, dort konnte auch ignoranti der Besitz verloren werden (44,2 D. 41,2).

§ 67. Schutz des Besitzes.

Im Interesse der öffentlichen Ordnung verdient schon der Besitz als bloßer tatsächlicher Zustand Rechtsschutz. Derselbe kann entweder sein rechtlich anerkannter Selbstschutz (vim vi repellere licet 1,27. 28 D. 43,16) oder Gerichtsschutz durch Besitzklagen.

Die Besitzklagen können einen doppelten Zweck haben:

a) Entweder können sie rein possessorisch[3]) nur den Schutz des Besitzes bezwecken,
b) oder sie können als Vorbereitung der Eigentumsklage dienen, da durch Zuteilung des Besitzes die Beweislast auf den nichtbesitzenden Kläger, wenn dieser auch wirklich Eigentümer ist, geschoben wird.

Das römische Recht kannte als Besitzklagen nur die im Wege der extraordinaria cognitio zu erledigenden

1) 44,2 D. 41,2.

2) S. auch B.G.B. 856,2.

3) Man unterscheidet possessorische Rechtsmittel (Klagen aus dem Besitze) und petitorische Rechtsmittel (Klagen aus dem Rechte).

possessorischen Interdikte, die entweder interdicta retinendae possessionis (gegen Besitzstörung) [1]) oder recuperandae possessionis (gegen Besitzentziehung) [2]) waren.

I. Interdicta retinendae possessionis.

a) Das immobiliare interdictum uti possidetis (Dig. 43,17) war nur bei Störung im Besitz von Grundstücken gegeben; es siegte, wer im Augenblicke des Interdiktes den Besitz dem Gegner gegenüber fehlerfrei hatte;

b) Das mobiliare interdictum utrubi zum Schutze beweglicher Sachen. Ursprünglich siegte, wer länger fehlerfrei ab adversario besessen hatte. Von Justinian wurde dieses Interdikt dem vorigen völlig gleichgestellt und nur noch von einem interdictum uti possidetis gesprochen.

Diese Interdikte waren ein iudicium duplex, wirkten rekuperatorisch, d. h. wenn der besitzende Kläger nicht siegte, so hatte der Richter den Besitz des nicht besitzenden Beklagten anzuerkennen und zu schützen, wenn dieser früheren Besitz behauptete.[3])

II. Interdicta recuperandae possessionis.

a) Das immobiliare interdictum unde vi (vis atrox) ging gegen den Dejizienten intra annum utilem auf Rückgabe des Grundstücks, nachher nur auf Herausgabe der Bereicherung — auch gegen die Erben. Vis atrox war so verpönt, daß die exceptio vitiosae possessionis hier ausgeschlossen war.[4])

---

[1]) S. auch B.G.B. 862.

[2]) S. auch B.G.B. 861.

[3]) Im gemeinen R. hieß das interdictum uti possidetis possessorium ordinarium, neben welches das possessorium summariissimum zu Gunsten desjenigen, der die letzte fehlerfreie Besitzhandlung bescheinigen konnte, trat.

[4]) Im gemeinen Rechte wurde der rekuperatorische Besitzes-

b) Das interdictum de precario des Verleihers auf Rückgabe gegen den prekaristischen (Prekarium ist bittweise, beliebig widerrufliche Gebrauchsüberlassung) Entleiher.

Zweiter Abschnitt.

Eigentum.

§ 68. Wesen des Eigentums.

Eigentum (dominium) an einer Sache, die immer eine körperliche sein muß, ist der Inbegriff vollständigster Beherrschung derselben. Ein dominium plurium in solidum war daher nicht denkbar, sondern nur ein condominium pro partibus indivisis (5,15 D. 13,6), wobei der Satz gilt: in re pari potior est causa prohibentis (28 D. 10,3), d. h. gegen den Einspruch eines Miteigentümers kann der andere nichts machen.

Im Inhalte des Eigentums unterscheidet man eine positive und eine negative Seite, je nachdem der Eigentümer etwas zu tun oder etwas zu verbieten berechtigt ist. Ferner unterscheidet man im Inhalte die Verfügungsrechte (ganze, teilweise Veräußerung, Belastung, Klagerecht) und die Nutzungsrechte (ius utendi fruendi). Wenn das Eigentum begrifflich auch ein absolutes, d. h. unumschränktes, jeden Dritten ausschließendes Recht ist,[1]) so kann es doch Beschränkungen unterliegen entweder durch — gesetzliche[2]) oder vertragliche — Veräußerungsverbote oder durch vertragliche Einräumung

---

schutz im Anschluß an den Canon Redintegranda c. 3 C. 3 qu. 1 sehr erweitert, indem schon Besitzverlust ohne Willen und Detention (daher auch Schutz des Mieters) genügte u. s. w.

[1]) S. auch B.G.B. 903.

[2]) Z. B. der res litigiosae, beseitigt durch die Reichszivilprozeßordnung. Vgl. auch Gajus 2,63.

von Rechten, insbesondere Nutzungsrechten an Fremde (iura in re aliena), endlich durch gesetzliche Bestimmungen zur Regelung nachbarlicher Verhältnisse (sogen. Legalservituten).

§ 69. Beschränkungen des Eigentums.

Solange eine bewegliche Sache mit einer anderen verbunden war, zessierte die rei vindicatio. Erst, wenn durch actio ad exhibendum eine Trennung — falls solche möglich — herbeigeführt war, konnte die rei vindicatio wieder angestellt werden. Eine Trennung war ausgeschlossen beim tignum injunctum (sc. aedibus), daher auch keine actio ad exhibendum, sondern nur eine actio de tigno iuncto in duplum.

Das Recht des Eigentümers eines Grundstücks erstreckte sich auf den Raum über der Oberfläche und auf den Erdkörper unter der Oberfläche, jedoch malitiis non est indulgendum (38 D. 6,1), nicht über das wirkliche Interesse hinaus.[1])

Im Verhältnis nicht übermäßige Immissionen von Imponderabilien (Rauch, Gerüchen u. s. w.) muß sich der Eigentümer gefallen lassen.

Überfallsrecht (Dig. 43,28). Schon die 12 Tafeln bestimmten, daß man übergefallene Früchte vom Nachbargrundstücke abholen dürfe. Dies wurde vom Prätor auf tertio quoque die beschränkt und hierfür das interdictum de glande legenda gegeben.[2])

Notweg. Si quis sepulcrum habeat, viam autem ad sepulcrum non habeat et a vicino ire prohibeatur, praeses compellere debet, iusto pretio iter ei praestari (12 pr. D. 11,7).[3])

---

1) So auch B.G.B. 905. 2) Vgl. B.G.B. 911.
3) Weiter geht B.G.B. 917.

Einsturzgefahr eines nachbarlichen Gebäudes[1]) bezw. gefahrdrohende Ausschachtung des Nachbargrundstücks.[2]) In diesen Fällen war dem Nachbar ein Anspruch auf cautio damni infecti (stipulatio praetoria cautionalis) gegeben. Statt die Kaution zu leisten, konnte der Verpflichtete sein Eigentum aufgeben (cavere aut carere); tat er keines von beiden, so erfolgte missio (Besitzeinweisung) des Berechtigten.

Gefährliche Neu-Anlagen.[3]) Der Nachbar konnte ein privates Bau-Verbot (operis novi nuntiatio erlassen (Dig. 39,1), eventuell das interdictum demolitorium (restitutorium) beantragen (21,1 D. 39,1) oder cautio damni infecti verlangen. Das interdictum quod vi aut clam (Dig. 43,24) richtete sich gegen eigenmächtige — gewaltsame oder heimliche — Veränderungen an Grundstücken; es war ebenfalls ein interdictum restitutorium.

Die actio aquae pluviae arcendae (Dig. 39,3) war dem Eigentümer eines Feldgrundstücks schon durch die 12 Tafeln bei Änderung des natürlichen Abflusses des Regenwassers gegen den Nachbarn gegeben. Das B.G.B. hat hierüber keine besondere Bestimmung.

Überhangsrecht[4]) (interdictum de arboribus caedendis, Dig. 43,27). Wenn der Eigentümer eines Baumes, der seine Zweige über ein Ackergrundstück quindecim pedes a terra altius oder über ein Haus vorstreckt, den Überhang nicht selbst beseitigte, dann durfte der Nachbar den Überhang abhauen und sich aneignen. Hoc interdictum prohibitorium est (1,1 D. 43,27), d. h. dem Eigentümer bedeutete der Prätor: vim fieri veto.

---

[1]) B.G.B. 908. [2]) B.G.B. 909.

[3]) B.G.B. 907.

[4]) B.G.B. 910. Über Wurzelbeseitigung im römischen Rechte vgl. 6,2 D. 47,7.

Actio finium regundorum (Grenzscheidungsklage, Dig. 10,1). Diese schon den 12 Tafeln bekannte[1]) Klage gehörte zu den drei Teilungsklagen mit 5 Hauptbestandteilen (auch adiudicatio) der Formel. Sie ist ferner wie die anderen eine actio mixta in doppeltem Sinne, indem sie einmal tam in rem[2]) quam in personam geht (20 J. 4,6), zum andern bei ihr uterque actor est, et rei (des Beklagten) et actoris partes sustinet (10 D. 10,1).

Man spricht daher bei ihr auch von einem iudicium duplex.

Sie bezweckte Grenzermittlung bezw. Grenzregulierung und Abmarkung (Aufstellung von Grenzzeichen), wobei eventl. die agrimensores (Feldmesser) als Sachverständige mitwirkten.

Der Richter war nicht an die vom Kläger und Beklagten gestellten Anträge gebunden, so daß er bei Unbegründetheit derselben zur Klage-Abweisung hätte kommen müssen, sondern hatte eventl. selbständig die Grenze zu ermitteln bezw. festzusetzen, wobei ihm adiudicatio[3]), Zuteilung strittigen Grenzgeländes nach seinem Ermessen an den einen oder anderen zustand. In diesem Falle wirkte also das Urteil nicht — wie sonst — deklaratorisch, sondern konstitutiv.[4])

---

[1]) Vgl. Karlowa II 460.

[2]) Vgl. aber hierüber Karlowa II 464, der das in rem als in rem scripta auffaßt.

[3]) 2,1 D. 10,1.

[4]) Auch das Urteil gem. § 920 B.G.B. kann konstitutiven Charakter erlangen. Die Motive sprechen sich allerdings dagegen aus, aber in Ausführungen, die hier wie an zahlreichen anderen Stellen als verschwommene zu bezeichnen sind; denn wenn der Richter bei Divergenz der von den Parteien behaupteten Grenzlinien eine mittlere Proportinale als erwiesene richtige Grenze erklären kann, so ist dies eben konstitutiv.

Grenzbaum. Paulus libro sexto ad Sabinum (19 pr. D. 10,3): Arbor quae in confinio (Grenze) nata est, item lapis qui per utrumque fundum extenditur quamdiu cohaeret fundo, e regione cuiusque finium (nach Maßgabe der Grenze) utriusque sunt nec in communi dividundo iudicium veniunt: sed cum aut lapis exemptus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso (zu ideellen Teilen) fiet et veniet in communi dividundo iudicium: nam quod erat finitis partibus rursus confunditur. M. a. W.: vor der Trennung gehörte der Grenzbaum und Grenzstein den Nachbarn zu reellen Teilen nach Maßgabe der Grenze, die zu denken ist als eine auf der Grenzlinie senkrecht errichtete, nach oben und unten unbegrenzte Fläche.[1] Jeder Nachbar darf auf seiner Seite den Stein auf der Grenze zerstören, aber nicht den Baum, da er mit seinem Teil den ganzen Baum, d. i. auch den Teil des Nachbarn zerstören würde. Nach der Trennung treten sie in das Miteigentum zu ideellen Teilen der Nachbarn.[2])

Grenzmauer. Im Gegensatz zu vorher nahmen die Römer hier wie B.G.B. 922 (vgl. auch § 745,3) communio pro partibus indivisis an, und da in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse (Sabinus-Papinianus 28 pr. D. 10,3), konnte der Nachbar anders wie beim Stein auf der Grenze — wiewohl beide Anorganismen sind — eine teilweise Zerstörung durch den Nachbarn verbieten.

§. 70. Arten des römischen Eigentums.

Gajus 2,40, 41: Sequitur ut admoneamus apud

---

1) Vgl. Motive zu B.G.B. 905.

2) Das B.G.B. setzt die Richtigkeit dieser Konsequenzen voraus und bestimmt nur für den Grenzbaum wegen seiner organischen Natur Besonderes; vgl. Motive zu § 923.

peregrinos quidem unum esse dominium:[1]) nam aut dominus quisque est aut domininus non intelligitur. Quo iure etiam populus Romanus olim utebatur: aut enim ex iure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intellegebatur dominus. sed postea diuisionem accepit dominium, ut alius possit esse ex iure Quiritium dominus alius in bonis habere (kraft prätorischen Schutzes): nam si tibi rem mancipii[2]) neque mancipauero neque in iure cessero[3]), sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium uero mea permanebit[4]) (duplex dominium), donec tu eam possidendo usucapias: semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium tua res esse, ac si ea mancipata uel in iure cessa esset.

Gewisse adquisitiones naturales wie Okkupation herrenloser Sachen und Fruchterwerb sind sicherlich wohl auch bei res mancipi von jeher anerkannt gewesen[5]) (1,1 D. 41,2).

Justinian (C. 7,25 de nudo ex iure Quiritium tollendo) beseitigte offiziell den schon seiner Zeit rätselhaft gewordenen Unterschied von quiritischem Eigentum einerseits und bonitarischem und peregrinischem Eigentum andererseits.

---

[1]) Weil nach Peregrinenrecht durch bloße Tradition stets volles Eigentum übertragen wurde.

[2]) Bei res nec mancipii wurde auch nach Zivilrecht durch Tradition volles Eigentum übertragen.

[3]) Die Akte der Eigentumsübertragung im alten Zivilrechte.

[4]) Das durch den Prätor gegebene und geschützte bonitarische Eigentum ging aber dem quiritischen vor. War z. B. eine res mancipii verkauft und lediglich tradiert, dann schützte der Prätor den bonitarischen Eigentümer gegen den quiritischen durch exceptio venditae ac traditae, so daß das quiritische Eigentum zu einem nudum (nackten) ius Quiritium wurde.

[5]) Vgl. Karlowa II 411.

§ 71. Erwerb des Eigentums.

Der Erwerb von Eigentum kann ein originärer (z. B. durch Okkupation) oder ein derivativer (von einem anderen abgeleitet, übertragen) sein. Er kann notwendig eintreten, wie z. B. der Erwerb von Früchten, oder willkürlich, z. B. durch Vertrag, Okkupation. Wichtig war für das römische Recht die Unterscheidung zwischen adquisitiones civiles (nach Zivilrecht) und adquisitiones naturales (nach ius gentium).

A. adquisitiones civiles sind:

1. addictio (Zuschlag) an den Meistbietenden bei öffentlicher Versteigerung von Kriegsbeute durch die Quästoren.

2. adiudicatio des Richters bei den drei Teilungsklagen.[1])

3. mancipatio, ursprünglich wirklicher Kauf per aes et libram mit Zuwiegung des noch ungemünzten Kupfers unter Zuziehung eines libripens und von fünf Zeugen, die wohl das römische Volk in seinen Zensusklassen vorstellen sollten. Die mancipatio war nur für res mancipii bestimmt.

Später wurde sie eine allgemeine Form der Eigentumsübertragung in der Form einer imaginaria venditio mit dem Scheinpreis eines sestertius nummus unus und diente so dicis (vom alten ungebräuchlichen dix) gratia (sozusagen, formell) beispielsweise der Emanzipation und Testamentserrichtung (testamentum per aes et libram, Manzipationstestament). Der wirkliche materielle Inhalt des Rechtsgeschäfts mußte in einer neben dem Manzipationsakte einhergehenden nuncupatio ausgesprochen werden. Gerade diese nuncupatio gab der Manzipation die Möglichkeit ihrer mannigfachen, verschiedenartigen

1) Vgl. Karlowa II S. 140.

Verwendung, indem sie sich z. B. etwa darstellte als pactum fiduciae über die Art der Verwendung übertragenen, anvertrauten Eigentums[1]) oder der Servitutenbestellung in Form einer deductio[2]) bei Übertragung des Eigentums diente.

4. in iure cessio, eine nicht auf res mancipi beschränkte Schein-Vindikation, der Erwerber behauptete vor dem Prätor — also umständlicher als mancipatio — Eigentum an der Sache, der Veräußerer schwieg und es kam nach dem Satz der 12 Tafeln: confessus[3]) pro iudicato est zur addictio der Sache durch den Prätor an den Erwerber.[4]) Hoc fieri potest etiam in prouinciis apud praesides earum (im Gegensatz zur Manzipation, die auf Italien [res mancipii] beschränkt war). Plerumque tamen et fere semper mancipationibus[5]) utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem prouinciae agere (Gajus 2,25).

Manzipation und in iure cessio verloren sich nach der klassischen Zeit, mit ihnen das pactum fiduciae. Bei Justinian haben sie keine Geltung mehr.

5. Ersitzung.

Der Zweck dieses Rechtsinstituts ist von Gajus libro vicensimo primo ad edictum provinciale so ausgedrückt: Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundarum rerum diu et fere semper incerta dominia essent, cum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium (3,1 D. 41,8).

---

1) Hier wirkte die nuncupatio obligatorisch.

2) Dingliche Wirkung der nuncupatio.

3) Qui tacet consentire (confiteri) videtur.

4) Vgl. Gajus 2,14.

5) Die in iure cessio konkurrierte mit der Manzipation.

a) Die ältere zivile, quiritisches Eigentum verschaffende usucapio (usus)[1]) führte in einem, bezw. bei Immobilien in zwei Jahren zur Ersitzung (Gajus 2,53, 54.).

b) Zur Ergänzung der Usukapion wurde zur Zeit des klassischen Rechts vom Prätor und den praesides provinciae für den Mobilien-Erwerb durch Peregrinen und für Provinzialgrundstücke[2]) bei 10- bezw. 20jährigem (inter absentes) Besitz die longi temporis praescriptio s. exceptio gegen die rei vindicatio des Eigentümers eingeführt. Hieraus entwickelte sich eine wahre — auch auf italische Grundstücke und römische Bürger anwendbare — Eigentumsersitzung, die longi temporis possessio, mit der ein selbständiges Klagerecht gegen Dritte gegeben war.

c) Im Jahre 528 schuf Justinian (8,1 C. 7,39) aus der seit Konstantin bestehenden Extinktiv-Verjährung der rei vindicatio von 30 Jahren eine Acquisitiv-Verjährung (Ersitzung) des Eigentums von 30 Jahren inter praesentes, 40 Jahren inter absentes, ohne Unterschied zwischen Mobilien und Immobilien, mit dem alleinigen Erfordernisse der bona fides[3]) beim Erwerbe. Diese Ersitzung wurde später genannt possessio longissimi temporis oder außerordentliche Ersitzung im Gegensatz zu der

d) von Justinian im Jahre 531 geschaffenen ordentlichen Ersitzung, longi temporis possessio (l. un. C. 7,31). Sie war eine Verschmelzung von Usukapion und longi temporis praescriptio und entstand aus dem Bestreben Justinians das Recht einheitlich und einfach zu gestalten.

---

[1]) Sehr umstrittenes Institut, vgl. Karlowa II S. 387 ff.
[2]) Die usucapio war auf fundus italicus als res mancipii beschränkt.
[3]) Nicht auch iustus titulus und res habilis.

Ihre Erfordernisse wurden im gemeinen Rechte durch einen Hexameter ausgedrückt:

Res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.

Res habilis:[1]) res furtivae (12 Tafeln und lex Atinia) und vi possessae (lex Julia et Plautia) konnten nicht ersessen werden (Gajus 2,45, 49). Die Sachen müssen intra commercium sein.

Titulus:[2]) Erwerbstitel wie Kauf (pro empto), Erbschaft (pro herede), pro soluto usucapit, qui rem debiti causa recipit (Hermogenian 46 D. 41,9). Streitig war, ob ein Putativ-(vermeintlicher)Titel genügte.

Fides: bona fides beim Erwerb, Überzeugung Eigentümer geworden zu sein; mala fides superveniens non nocet.[3]) Bona fides praesumitur.[4])

Possessio: Es war juristischer Besitz (animus domini) erforderlich.[5]) Er mußte dauernd bestanden haben. Im gemeinen Rechte bildete sich aber die Vermutung: olim possessor hodie possessor semper possessor.[6])

Tempus: Ersitzungszeit bei Mobilien 3, bei Immobilien 10 bezw. 20 Jahre. Es fand accessio possessionis (des Rechtsvorgängers) statt (13 J. 2,6).[7]) Wie bei

---

1) Dem B.G.B. unbekannt, im Gegenteil bilden gestohlene Sachen den Hauptfall der Ersitzung, natürlich nicht für den Dieb, sondern für den gutgläubigen Erwerber (Gajus 2,49).

2) Für das B.G.B. nur von Belang als Nachweis für die bona fides.

3) Anders B.G.B. 937,2 im Anschluß an das kanonische Recht.

4) So auch heute.

5) So auch heute Eigenbesitz: B.G.B. 937.

6) So auch B.G.B. 938.

7) So auch B.G.B. 943. Weiter geht noch B.G.B. 944. Vgl. auch B.G.B. 857.

der Verjährung findet auch bei der Ersitzung eine Hemmung und Unterbrechung (usurpatio) statt.

B. adquisitiones naturales sind:

1. Die Tradition. Sie gehörte als Eigentumserwerbsart dem ius gentium an, wurde aber in das ius civile rezipiert. Durch Tradition konnte an res nec mancipi quiritisches Eigentum erworben werden.[1])

Die Übergabe als Form der Eigentumsübertragung ist nicht wie die mancipatio ein abstraktes, formales Geschäft, sondern erfordert eine iusta causa (Kauf u. s. w. 31 pr. D. 41,1). Sie setzt Eigentum des Veräußerers voraus (20 pr. D. 41,1).

Den iactus missilium (Auswerfen von Geld oder Sachen) sah man in späterer Zeit als traditio in incertam personam an[2]) (Gajus 9,7 D. 41,1).

2. Die Okkupation (herrenloser Sachen) war die ursprünglichste von allen Eigentumserwerbsarten.[3]) Herrenlose Sachen sind entweder solche, die bisher noch in Niemandes Eigentum standen (leblose Sachen — Tiere), oder res derelictae, deren Eigentum absichtlich aufgegeben ist. Verlorene oder in Seenot ausgeworfene Sachen gehören hierzu nicht. Nur wilde Tiere konnten okkupiert werden,[4]) gezähmte ausnahmsweise, wenn sie den animus revertendi aufgegeben hatten (hierher gehörten auch die Tauben),[5]) Haustiere wie anseres, gallinae gar nicht.[6])

---

[1]) Vgl. Karlowa II S. 417.

[2]) In älterer Zeit als Dereliktion von der einen und Okkupation von der anderen Seite; von Ihering II S. 876 benutzt als Beweis dafür, wie die Ansichten über juristische Logik im Laufe der Zeiten wechseln. Vermittelnde Konstruktionen, die der einen Zeit genügen, erscheinen einer andern gekünstelt. Für uns sei auf diesem Gebiete noch viel zu tun (S. 879).

[3]) Vgl. Karlowa II S. 411.

[4]) Ein Jagdrecht war den Römern unbekannt.

[5]) Gajus 2,68. [6]) 5,6 D. 41,1.

Besonders wichtig war die Okkupation als Erbeutung von res hostiles: quod maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur (Gajus 4,16 i. f.).

3. Fruchterwerb.[1]) Für das römische Recht lehrt man, daß der Eigentümer die Früchte mit der Separation erwirbt. Natürlicher heißt es im B.G.B. 953, daß Erzeugnisse einer Sache auch nach der Trennung dem Eigentümer gehören. Dem Eigentümer stand gleich der bonae fidei possessor. Erst mit Perzeption erwarben die Früchte der Nießbraucher und Pächter (36 J. 2,1); auch hier sind die Bestimmungen des B.G.B. 954ff. natürlicher.

4. Spezifikation (von speciem facere ex aliena materia). Gajus libro secundo rerum cotidianarum sive aureorum (7,7 D. 41,1) berichtet über den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukte, daß nach der Anschauung seiner Schule (Sabinus et Cassius) demjenigen das Eigentum zufallen sollte, dem der verarbeitete Stoff gehört hatte, während nach der Anschauung der Prokulianer, diversae scholae[2]) (Nerva et Proculus) das Eigentum dem Spezifikanten zufallen sollte, quia quod factum est, antea nullius fuerat, also aus dem Gesichtspunkte der Okkupation. Ob die Absicht bei dieser Konstruktion der Schutz der Arbeit war[3]) oder ob dieser nur eine unbeabsichtigte Folge der Konstruktion war[4]), kann nicht mehr

---

[1]) Vgl. auch B.G.B. 953. ff.

[2]) Vgl. auch Gajus 2,79.

[3]) Ihering III,323 scheint dies anzunehmen, schon für Prokulus.

[4]) Für die Juristen des aequum et bonum — und nur diese sind Juristen — kommt zuerst die Berücksichtigung der Wirkung und dann die Konstruktion. Für andere kommt zuerst die Konstruktion und dann von selbst die Folge. Es gibt aber Fälle, wo gleich viel für und wider spricht. Dort wird billigermaßen

entschieden werden. Jedenfalls kann aus 25 J. 2,1 i. f. (operam suam dedit) entnommen werden, daß später — mit wachsender Schätzung erwerbbringender Arbeit — für Zuteilung des Eigentums an den Spezifikanten das gesetzgeberische Motiv der Schutz der Arbeit war.

Im Gegensatz zu dieser Ansicht, die man als spiritualistisch bezeichnet, nennt man die der Sabinianer materialistisch. Mit Recht behauptet man überwiegend[1]), daß diese die Ansicht der ältesten Zeit gewesen sei. Es entspricht dies für ältere Verhältnisse der naturalis ratio auch vom Standpunkte der Römer.[2])

Beim Spezifikanten wurde bona fides vorausgesetzt.[3]) Im übrigen bestand schon zur Zeit des Gajus eine von diesem gebilligte (7,7 D. 41,1) Mittelmeinung (media sententia), daß das Eigentum dem Stoffeigentümer verbleiben solle, wenn die Sache zur Materie zurückgeführt werden könne, daß aber im anderen Falle (z. B. Wein aus Trauben) der Spezifikant das Eigentum haben solle (natürlich gegen Entschädigung).[4]) Diese Mittelmeinung wurde von Justinian aufgenommen (25 J. 2,1).

---

die Ansicht siegen, der eine glatte juristische Konstruktion zur Seite steht.

[1]) Jhering, Leist, Dankwardt, Sulzer, Czylarz; s. bei Karlowa II S. 427.

[2]) Mit Unrecht wird das Gegenteil von Karlowa II S. 429 behauptet. Schon in der republikanischen Zeit habe man das Eigentum dem Spezifikanten in Würdignng seiner Arbeitsleistung gegeben. Denn die Römer seien ein tatkräftiges, energisches Volk gewesen, denen das facere über der materia gestanden habe, weshalb sie auch Bauwerke nach ihren Erbauern, Gesetze nach ihren Urhebern benannten. Darnach waren die Sabinianer Schwächlinge, die Späteren wieder energisch. Und wie würde man später in Karlowas Manier uns Zeitgenossen taxieren (Kaiser Wilhelm-Brücke, lex Huene, Duchesne-Paragraph!)?

[3]) Nach B.G.B. nicht, auch der Dieb als Spezifikant wird Eigentümer.

[4]) Das B.G.B. 950 bestimmt selbständig — und man soll

5. Verbindung. Vermischung. Es entsteht hier kein neues Eigentum, sondern nur eine Vermehrung des Umfangs bereits bestehenden Eigentums. Es gehörten hierher:

a) accessio durch alluvio (Anspülung von Land), deren Gegensatz die avulsio ist, durch insula in flumine nata, alveus derelictus (verlassenes Flußbett, durch Eingebautes (superficies solo cedit), Eingepflanztes, Eingesätes. Der frühere Eigentümer hatte einen Ersatz-Anspruch.

b) Besonderes galt für die accessio (Verbindung) beweglicher Sachen. Wurde eine Sache Bestandteil einer anderen, dann erstreckte sich das Eigentum an der letzteren auf sie (Einwebung). Trat sie zu der anderen Sache nur in lose Verbindung als Nebensache mit selbständiger Existenz, so ruhte nur bis zur Trennung das Eigentum an ihr (gemma inclusa auro alieno).[1]

c) Vermischung (confusio)[2] und commixtio (Vermengung trockener Sachen) ließ bei Unscheidbarkeit Miteigentum entstehen.[3] Besonderes galt für Vermengung fremder Geldstücke mit den eigenen. War keine Scheidung möglich, dann wurde an ihnen Eigentum erworben und der Verlierende hatte nur ein Forderungsrecht (78 D. 46,8).

---

nie vergessen, daß es, allgemein genommen, seine Selbständigkeit zum großen Teile Ihering verdankt —, daß zwar der Spezifikant Eigentum erwerben soll, aber dann nicht, wenn der Arbeitswert erheblich geringer ist als der Stoffwert. Wem im letzteren Falle das Eigentum zusteht, hat das B.G.B. nicht entschieden. Nach Meinung der II. Reichskommission müsse man sich für Miteigentum wie in § 947 entscheiden.

[1]) 6 D. 10,4.

[2]) Von einer confusio (Vereinigung von Forderung und Schuld) ist auch unter den Endigungsgründen von Rechten die Rede.

[3]) So auch B.G.B. 948.

6. Fund (thensaurus). Si quis in alieno loco non data ad hoc opera sed fortuitu invenerit, dimidium domino soli concessit (Hadrian; 39 J. 2,1).

§ 72. Verlust des Eigentums.

Wie von der einen Seite Eigentum erworben wird, so wird auf der anderen Seite Eigentum verloren, z. B. entspricht der alluvio meist eine avulsio, dem Erwerb durch Tradition Verlust durch Tradition u. s. w.

Das Eigentum wird weiter verloren durch physischen oder juristischen (extra commercium) Untergang der Sache, durch Dereliktion, zur Strafe bei unerlaubter Selbsthilfe.[1])

§ 73. Schutz des Eigentums.

1. Die rei vindicatio (Dig. 6,1) stand dem Eigentümer einer einzelnen[2]), selbständigen[3]) körperlichen[4]) Sache gegen den besitzenden[5]) Nicht-Eigentümer, sowie gegen den fictus possessor[6]) (qui liti se obtulit und qui dolo desiit possidere) zu.

Der Beklagte hatte — auch wenn er nicht Eigentümer war — Einreden aus entgegenstehenden dinglichen Rechten an der Sache oder konnte persönliche Ersatzansprüche, z. B. wegen Verwendungen durch Zurück-

---

1) 7 C. 8,4, heute unbekannt.

2) Ausnahmsweise vindicatio gregis 1,3 D. 6,1.

3) Die Selbständigkeit verbundener Sachen mußte eventuell zuvor mit einer actio ad exhibendum herbeigeführt werden: 6 D. 10,4.

4) Eigentum nur an körperlichen, Besitz auch an unkörperlichen Sachen (iuris quasi possesio).

5) Nach Ulpian auch gegen den detentor, naturalis possessor, 9 D. 6,1.

6) Dem B.G.B. unbekannt.

behaltung der Sache im Wege der exceptio doli geltend machen (Gajus 2,76). Wer für einen anderen besaß, konnte den Prozeß durch nominatio (laudatio) auctoris vermittels litis denuntiatio auf den eigentlich Interessierten abwälzen.

Die rei vindicatio ging auf Rückgabe, die Verurteilung aber ursprünglich nur auf Geld (omnis condemnatio pecuniaria est), der Sententia hatte aber ein arbitratus (Mahnung) zur Natural-Restitution vorherzugehen wie bei allen actiones arbitrariae, zu denen die rei vindicatio gehörte. Früchte waren mit herauszugeben, wobei ein Unterschied zwischen bonae fidei und malae fidei possessor bestand, indem der erstere vor der Litiskontestation nur für fructus exstantes[1]) (noch vorhandene), der letztere auch für consumpti und percipiendi haftete (2 J. 4,17). Nach der Litiskontestation hafteten beide als sogen. Prozeßbesitzer für alle Früchte.

2. Die actio negatoria[2]) (Eigentumsfreiheitsklage) richtete sich gegen nur teilweise Beeinträchtigung des Eigentums, besonders gegen beanspruchte Servituten. Nach der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechts hatte der Eigentümer wie nach B.G.B. nur sein Eigentum, nicht auch die Unrechtmäßigkeit der Störung zu beweisen, vielmehr der Störer deren Rechtmäßigkeit.

3. Die actio Publiciana (Eigentumsersitzungsklage, Dig. 6,2), ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit[3]) (7,6 D. 6,2), in Publiciana actione omnia eadem erunt quae in rei vindicatione diximus (7,8 D. eod.). Sie war eine rei vindicatio utilis und stand dem Ersitzungsbesitzer (der dies nur bei bona fides

---

[1]) fructus consumptos suos facit.

[2]) Vgl. 2 J. 4,6 und B.G.B. 1004.

[3]) Sie bezweckte den Schutz des „werdenden Eigentums".

ist)[1]) aus seinem besseren Rechte[2]) gegen einen anderen Besitzer zu, versagte aber gegenüber der exceptio dominii, außer wenn etwa quiritischem Eigentum als nudum ius wieder die replicatio rei venditae ac traditae gegenübergestellt werden konnte. Dieser Klage konnte sich auch der volle Eigentümer mit Vorteil bedienen, da ihm bei ihr der Eigentumsbeweis (probatio diabolica genannt, weil dabei auf die Rechtsvorgänger zurückgegriffen werden mußte) erspart blieb.

Dritter Abschnitt.

Rechte an fremder Sache.

§ 74. Einleitung. Superfizies und Emphyteuse.

Die Rechte an fremder Sache zerfallen in Nutzungsrechte (besonders Servituten) und Sicherungsrechte (Pfandrecht).

Von den Nutzungsrechten stehen dem Eigentum am nächsten Superfizies und Emphyteuse.

Die Superfizies (Platzrecht, Dig. 43,18) hat sich wahrscheinlich im Anschluß an die öffentlich-rechtliche Überlassung von ager publicus (Gemeindeland) an Private zur Errichtung eines Gebäudes entwickelt. Über den Zeitpunkt ist nichts bekannt.[3]) Manche meinen, daß die Superfizies infolge der Wohnungsnot, die bei der Erweiterung Roms zur Großstadt unter Nero ausbrach, aufkam. Sie war zunächst mietweise, langdauernde Überlassung von Grund und Boden gegen ein solarium (Bodenzins) an den Superfiziar zur Errichtung und eigentumsgleicher Benutzung eines Gebäudes. Das Eigen-

---

[1]) Vgl. auch B.G.B. 1007,3.

[2]) Vgl. auch B.G.B. 1007.

[3]) Vgl. Karlowa II S. 1268.

tum desselben fiel an den Grundeigentümer, denn superficies solo cedit, der Superfiziar erhielt nur eine actio conducti. Später erhielt er auch das quasidingliche interdictum de superficiebus, noch später eine dingliche Klage, utilis rei vindicatio. Die Superfizies war vererblich und veräußerlich.

Im gemeinen Rechte erweiterte sich die Superfizies. Man sprach von ihr auch bei Pflanzungen auf fremdem Boden, auch von Stockwerkseigentum, begnügte sich vielfach anstelle des solarium mit einer bloßen Rekognitionsgebühr (zur Verhütung der Ersitzung).[1]

Die Emphyteuse (Erbpacht) war vererbliches und veräußerliches Pachtrecht, jedoch so dem Kaufe ähnlich, daß man stritt, ob Kauf oder Miete vorliege. Überwiegend entschied man sich für letzteres (Gajus 3,145); dies war deshalb wichtig, weil der Pächter Anspruch auf remissio mercedis bei Mißernte hatte. Der Kaiser Zeno (um 470 n. Chr.) entschied aber die Streitfrage dahin, daß der Emphyteuse ein besonderer Vertrag, contractus emphyteuticarius, ein 5. Konsensualkontrakt zu Grunde liege, und verneinte das Recht auf remissio.[2]) Justinian (527—65) gestaltete die erbpachtlichen Verhältnisse, die sich in Westrom und Ostrom verschieden entwickelt hatten, einheitlich.

Die Emphyteuse hatte wie die Superfizies ihren Ausgang von publizistischen Verhältnissen genommen, wirkte wie diese zuerst nur obligatorisch, später auch dinglich. Eigentümlich waren ihr das ius protimiseos (obligatorisches Vorkaufsrecht des Grundherrn bei Veräußerung), bei dessen Nichtgeltendmachung das Recht auf 2% des Kaufpreises als laudemium (laudatio emptionis)

---

[1]) Für das B.G.B. vgl. §§ 1012—17, dessen Erbbaurecht sich auch unter die Oberfläche erstreckt, Stockwerkseigentum aber ausschließt. [2]) 3 J. 3,24.



und das ius privationis bei 3jähriger Nichtleistung des Erbzinses (canon, pensio, vectigal, agri vectigales).

Im gemeinen Rechte war die römisch-rechtliche Emphyteuse fast nur bei Kirchenländereien üblich, trat im modernen Rechte noch mehr zurück und ist in das B.G.B. nicht aufgenommen.

§ 75. Die Servituten. (Dienstbarkeiten).

1. Allgemeines.

Wie das Nachbarrecht nachbarliche Verhältnisse gesetzlich regelt (Legalservituten), so geschieht dies vertraglich durch (Prädial-) Servituten.

Servitutes aut personarum sunt ut usus et ususfructus aut rerum ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum (1,1 D. 8,1).

Für alle Servituten gelten einige gemeinsame Regeln:

servitus in faciendo consistere nequit [1]) [2]) (einzige Ausnahme ist die servitus oneris ferendi), sondern nur in einem pati oder non facere.

nulli res sua servit, 26 D. 8,2, daher bei Zusammentreffen von Servitut und Eigentum Untergang ersterer durch confusio. [3])

servitus servitutis esse non potest, 1 D. 33,2. [4])

servitutibus civiliter (schonlich) utendum est. [4])

Die Servituten als solche sind unveräußerlich, aber cum fundus fundo servit (Prädialservitut), vendito quoque fundo servitutes sequuntur (12 D. 8,4).

---

[1]) Im Gegensatz zu den deutschrechtlichen Reallasten.

[2]) Dies gilt im ganzen auch für das B.G.B.

[3]) Dies kann heute durch grundbuchliche Eintragung verhindert werden.

[4]) So auch heute.



2. Prädialservituten.

Fundus fundo servit (praedium serviens — dominans). Recht und Last sind mit dem Eigentum als solchem verknüpft. Servitus fundo utilis esse debet[1]) (5 D. 8,5) und zwar dauernd (causa perpetua)[2]); erforderlich war hierbei Vicinität, die Nutzbarkeit zuläßt.

Eigentümlich ist den Prädialservituten die Unteilbarkeit, sie haften am ganzen Grundstücke (16,1 D. 8,4). Sie waren entweder affirmativ (Wegerecht) oder negativ (servitus altius non tollendi).

Die Rustikalservituten waren die ältesten. Iter (Fußweg), actus (Viehtrift), via (Fahrweg) und aquaeductus (Wasserleitungsrecht)[3]) gehörten zu den res mancipii. Die Rustikalservituten beziehen sich nicht bloß auf ländliche, sondern überhaupt auf unbebaute Grundstücke.

Die Urbanalservituten waren umgekehrt auch auf dem Lande möglich, sie sind allgemein Gebäudedienstbarkeiten. Hierher gehören z. B. die servitus stillicidii (Regentraufrecht), tigni immittendi (Balken einlassen in die Nachbarwand), oneris ferendi (das eigene Gebäude auf das nachbarliche sich stützen zu lassen, wobei der Nachbar zur Erhaltung der stützenden Anlage verpflichtet war, also ausnahmsweise zu einem facere),[4]) alti us non tollendi (nicht höher zu bauen).[5])

3. Personalservituten.

a) Der Nießbrauch (ususfructus) ist die umfänglichste Personalservitut. Ususfructus est jus alienis

1) Der Nachdruck liegt nicht bloß auf utilis, sondern auch auf fundus; vgl. entsprechend B.G.B. 1019 Satz 1.

2) 28 D. 8,2.

3) Vgl. 1 pr. D. 8,3.

4) Vgl. B.G.B. 1022.

5) Das B.G.B. spricht nur allgemein von Grunddienstbarkeiten, ohne einzelne Typen anzuführen.

rebus utendi fruendi salva rerum substantia (1 D. 7,1). Inhaltlich kann Nießbrauch an Grundstücken und Pacht auf eins herauskommen, ersterer ist aber — später — ein dingliches,[1]) letztere nur ein persönliches Recht. Die Pacht entsteht stets durch Vertrag, der Nießbrauch vorwiegend kraft letztwilliger Verfügung oder als familienrechtliches Vermögensnutzungsrecht.

Der Nießbrauch konnte an beweglichen und unbeweglichen Sachen, aber — weil salva rerum substantia — nur an unverbrauchbaren bestellt werden. Doch sprach man schon anfangs der Kaiserzeit von einem quasi ususfructus an Konsumptibilien.[2])

Der Nießbrauch war unveräußerlich und unvererblich wie alle Servituten, konnte aber der Ausübung nach — wie B.G.B. 1059 — übertragen werden (12,2 D. 7,1). Das uti und frui war — im Gegensatz zum bloßen usus — auf die persönlichen Bedürfnisse des Usufruktuars nicht beschränkt. Das Eigentum wird gegenüber dem Nießbrauch zur nuda proprietas.[3]) Der Nießbrauch war die einzige teilbare Servitut.

Der Nießbraucher hatte ursprünglich nur schutzlose Detention, später wurde iuris quasi possessio anerkannt und Interdiktenschutz gegeben, heute ist er Sachbesitzer (B.G.B. 1036).

Um Verpflichtungen für den Nießbraucher zu begründen, mußte dieser die cautio usufructuaria — anders war es nicht möglich —[4]) stellen. Sie war eine stipulatio praetoria cautionalis. Erst durch ihre

---

[1]) Ursprünglich auch nur persönlicher Anspruch.

[2]) Mit ähnlichem Inhalt wie B.G.B. 1067.

[3]) Dem Eigentümer fielen jedoch außergewöhnliche Erträge, die auf Kosten der Substanz gingen, zu, z. B. Windbruch.

[4]) Es hängt dies wohl mit der Heranbildung des Nießbrauchs aus erbrechtlichen Verhältnissen zusammen. Über den Zeitpunkt ist man völlig im Unklaren, vgl. Karlowa II S. 588 ff.

Vermittelung war prätorische Tuition gegeben. Im gemeinen Rechte bestanden klagbare Verpflichtungen des Nießbrauchers ohne weiteres, eine Kaution mußte aber auch — nunmehr als bloße Sicherheit — gestellt werden.[1]) Nach B.G.B. kann eine solche kraft Gesetzes nur unter besonderen Umständen gefordert werden (§ 1051), natürlich aber auch von vornherein bei vertraglicher Begründung.

b) Der usus, Gebrauch einer Sache, z. B. habitatio, diente einzig der Befriedigung individueller Bedürfnisse und war daher auch der Ausübung nach unübertragbar[2]) (Gajus 11 D. 7,8).

§ 76. Entstehung, Endigung und Schutz der Servituten.

1. Entstehung. Bezüglich der Entstehung unterschied man zwischen den alten zivilen und den prätorischen Servituten.

Die zivilen Servituten entstanden durch direkte letztwillige Vermachung, durch mancipatio, die aber auf die 4 alten Rustikalservituten beschränkt war,[3]) am meisten durch in iure cessio, vielfach auch durch Vorbehalt = deductio bei Eigentumsübertragung durch mancipatio oder in iure cessio, durch Adjudikation bei Teilungsklagen.

Die prätorischen Servituten entstanden durch formlose Bestellung (pactio)[4]) ohne Tradition (faktische Ein-

---

[1]) Wichtig für letztwillig vermachten Nießbrauch.

[2]) Ähnlich B.G.B. 1091. 1092.

[3]) Ebenso wie die zivile Usukapion, die aber durch eine lex Scribonia aufgehoben wurde.

[4]) Wohl zu unterscheiden vom kausalen Vertrage: Kauf, Schenkung u. s. w.

räumung) oder durch longa iuris quasi possessio (Ersitzung), d. i. fortgesetzte, fehlerfreie (nec vi nec clam nec precario) Ausübung durch 10 bezw. inter absentes 20 Jahre, ohne Rücksicht auf bona fides und iustus titulus, wie bei der Eigentums-Ersitzung.

Justinian kennt nur noch formlosen Bestellungsvertrag, Entstehung durch Vorbehalt bei Tradition zu Eigentum und Ersitzung.[1])

2. **Endigungsgründe** waren Untergang der Sache, bei Personalservituten Tod des Berechtigten, confusio (Vereinigung von Servitut und dienender Sache in einer Hand), freiwillige Aufgabe, Verlust durch bloßen non usus[2]) bei Rustikal- und Personal-Servituten, wozu bei den Urbanal-Servituten usucapio libertatis[3]) treten mußte durch eine servitutwidrige, aber nicht vi, clam, precario herbeigeführte Beschaffenheit der dienenden Sache.[4]) Die früher kurzen Fristen hierfür wurden von Justinian auf 10 bezw. inter absentes 20 Jahre erweitert.

3. **Schutz der Servituten** wurde gegeben petitorisch durch actio confessoria (servitutis vindicatio), die als Publiciana gegen den schlechter Berechtigten demjenigen zustand, der eine Servitut bona fide und ex iusta causa erworben hatte. Possessorischer Schutz[5]) wurde gegeben bei einziger Voraussetzung von iuris quasi possessio nec vi nec clam nec precario, ohne Rücksicht auf bona fides.

---

[1]) Heute gibt es nur noch eine Tabular-Ersitzung grundbuchlich eingetragener Servituten.

[2]) Dem B.G.B. unbekannt, nach § 901 nur Tabular-Versitzung möglich. [3]) Etwas ähnliches im B.G.B. 1028.

[4]) Vgl. Gajus 6 D. 8,2.

[5]) Für Grunddienstbarkeiten gibt das B.G.B. in § 1029 Besitzschutz, der Nießbraucher hat ihn als Sachbesitzer.

§ 77. Das Pfandrecht. Wesen und Geschichtliches.

Das Pfandrecht stellt sich ökonomisch, während die Servituten Verfügungen über die Nutzung einer Sache sind, als Verfügung über die Substanz dar. Es ist das einem Gläubiger zur Sicherung seiner Forderung zustehende Recht an fremder Sache, sich ihrer bei Nichtbefriedigung als Ersatz zu bedienen.

Rechtlich unterscheidet sich das Pfandrecht von den Servituten dadurch, daß es vorübergehenden Charakter trägt, u. U. das Eigentum des Verpfänders aufhebt und neben einer Forderung besteht, accessorisch ist.

Geschichtliches.

a) Als älteste Form der Verpfändung sieht man die zivile fiducia an. Sie war Eigentumsübertragung durch mancipatio oder in iure cessio mit obligatorischem pactum fiduciae (Treuhänderklausel) auf remancipatio bei Befriedigung. Die actio fiduciae war die älteste actio bonae fidei, Verurteilung infamierte. Im Anschluß an das pactum fiduciae wurden 2 Pfandklauseln üblich: die lex commissoria, daß bei Nichtbefriedigung dem Gläubiger das Eigentum endgültig zufallen solle, und das pactum de vendendo, daß er die Sache zu seiner Befriedigung eventuell verkaufen dürfe.

Die fiducia bestand noch im 4. Jahrhundert, war aber zu Justinians Zeit abgekommen.

b) Demnächst kam das pignus[1]) (Faustpfand) auf, nur möglich bei beweglichen Sachen. Es gab dem Gläubiger kein Eigentum wie die fiducia, sondern nur Interdikten-Besitz. Mit der Zurückbehaltung bis zur Befriedigung konnte der Gläubiger nur einen indirekten Zwang ausüben. Verkauf wäre furtum gewesen (74

---

[1]) Schulin, Röm. Rechtsgeschichte S. 424 nimmt dieses als das älteste Pfandrecht an, ursprünglich mit bloßer Detention.

D. 47,2). Auch hier wurde mit der Zeit das pactum de vendendo und die lex commissoria üblich.

c) Die gesteigerten Bedürfnisse des Verkehrs führten in Anlehnung an griechisches Recht zur hypotheca, Verpfändung durch formlosen Vertrag ohne Sachübergabe, so daß dem Verpfänder die Möglichkeit der Nutzung verblieb, anwendbar für Mobilien und Immobilien. Ihren Ausgang nahm die Hypothek von der Verpfändung der invecta et illata durch den Pächter zur Sicherheit des Verpächters. Der Prätor gewährte hier dem bloßen Vertrage ohne Sachübergabe Anerkennung, indem er dem Verpächter Interdiktenschutz (interdictum Salvianum) gegen den Pächter, später sogar eine in rem actio (Serviana) auch gegen Dritte auf Herausgabe der Sache gab. Der prätorische Schutz wurde fortschreitend (als actio quasi Serviana s. hypothecaria) auch in allen übrigen Fällen bloß vertragsmäßiger, ja auch stillschweigender Verpfändung, auch dem Faustpfandgläubiger — bei dem ja ein Vertrag immer vorlag — gewährt.

Erst die Ausbildung der Pfandklage und die Anerkennung des Verkaufsrechts machten das Pfandrecht zu einem selbständigen, dinglichen Rechte an fremder Sache. Das pactum de vendendo, die Verkaufsbefugnis, war nämlich derart selbstverständlich geworden — sowohl für pignus wie für die Hypothek —, daß im Gegenteil ein pactum de non vendendo nötig war. Dieses hatte aber bei Justinian auch nur die Bedeutung, daß vor dem Verkauf eine 3malige Androhung zu geschehen hatte. Dagegen war die lex commissoria (Eigentumsverfallsklausel) seit Konstantin verboten.

Pignus und hypotheca verschmolzen inhaltlich derart, daß bereits Marcian (3. Jahrhundert) in l. 5,1 D. 20,1 sagen konnte: inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt.

§ 78. Das Pfandrecht zu Justinians Zeit.

Arten des Pfandrechts:

pignus[1]) voluntarium — legale[2]) (hypotheca tacita) — judiciale.[3])

Generelle Pfandrechte (Dotalhypothek ist gesetzliche, generelle Hypothek).

Spezielle Pfandrechte (gesetzliche Hypothek des Verpächters an den Früchten des Pfandgrundstücks).

Gegenstand. Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignerationem recipere potest (9,1 D. 20,1). Auch Rechte können verpfändet werden, Vermögensinbegriffe wie einzelne Sachen. Pignoris causa est indivisa: mit teilweiser Befriedigung wird die Pfandsache nicht teilweise frei, sondern das Pfand bleibt an der ganzen Sache haften,[4]) Miterben haben alle das Pfandrecht als solches, wiewohl jeder nur einen Teil der Forderung hat.

Inhalt. Als Grundlage des Pfandrechts ist gedacht ein contractus pigneraticius, der ein ius in re aliena auf eventuelle Befriedigung aus dem Verkaufserlöse der verpfändeten Sache verschafft, aber auch die Basis für obligatorische Ansprüche geben kann. Der Pfandgläubiger darf die Pfandsache, falls sie in seinem Besitze ist, nicht nutzen, außer wenn sie ihm antichretisch verpfändet ist. Eine antichresis tacita wurde angenommen, wenn ein Darlehen unverzinslich gegeben war.

---

[1]) Pignus und hypotheca ist bei Justinian inhaltlich gleich.

[2]) Das Pfandrecht des Vermieters an invecta et illata des Mieters, des Verpächters an den Früchten.

[3]) Pignus in causa iudicati captum, durch Adjudikation im Teilungsurteil.

[4]) Vgl. dagegen B.G.B. 1145, andererseits jedoch 1210.

Unter pignus Gordianum versteht man das Recht, auch nach Tilgung der Pfandschuld die Sache wegen anderer Forderungen pfandweise zurückzubehalten.

Vom Inhalte ist das ius distrahendi (Verkaufsbefugnis) das wichtigste. Es war öffentliche Privatversteigerung nach Androhung.[1]) Weder Schuldner noch Gläubiger durfte mitbieten. Fand sich kein Käufer, dann fiel die Sache dem Gläubiger zu (impetratio dominii mit biennium luitionis für den Verpfänder). Mit dem Verkaufe erloschen auch nachstehende Pfandrechte, weshalb den Nachhypothekariern das ius offerendi (Auszahlung des betreibenden Gläubigers) gegeben war. Ein Überschuß aus dem Verkaufserlös (hyperocha, superfluum) war an den Schulder herauszugeben.

Mehrheit von Pfandrechten. Eine Sache kann mehreren pro partibus oder in solidum verpfändet sein (10 D. 20,1). Im letzteren Falle können die Mehreren nebeneinander stehen. In der Regel stehen sie aber hintereinander. Wichtig ist, in welcher Rangordnung mehrere Pfandgläubiger zur Befriedigung gelangen. Allgemeiner Grundsatz ist hier: prior tempore potior jure (Gajus libro singulari de formula hypothecaria, 11 pr. D. 20,4). Eine Ausnahme bilden das pignus publicum und die privilegierten Pfandrechte.

Das pignus publicum (in öffentlicher Urkunde) ging nach einer Konstitution Leos den bloß chirographarischen Pfandrechten vor.

Zu den privilegierten Pfandrechten gehörten: Generalhypothek des Fiskus wegen Steuern, Dotalhypothek der Ehefrau, gesetzliches Pfandrecht wegen versio in rem, insbesondere für Geldhergabe zur Wiederherstellung eines Gebäudes. Die jüngste versio

---

[1]) So auch B.G.B. 1228 ff. für Mobilien.

ging hier umgekehrt den älteren vor[1]) („hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam“, Ulpian 6 pr. D. 20,4).

Die actio hypothecaria des Vorhypothekars ging auch gegen den Nachstehenden, dieser rückte bei Wegfall des ersteren vor, konnte ihn auszahlen und succedierte in sein Pfandrecht (ius offerendi et succedendi, hypothekarische Succession,[2]) 1 C. 8,17).

Rechtsschutz. Der Pfandgläubiger hatte gegen jeden Besitzer die actio hypothecaria s. quasi Serviana s. actio pigneraticia in rem auf Herausgabe. Pfandgläubiger und Pfandschuldner hatten im Verhältnis zu einander auch eine actio pigneraticia in personam (directa auf Pfandrückgabe und Herausgabe eines superfluum, contraria auf Ersatz von Verwendungen auf die Pfandsache).

Endigungsgründe waren: Pfandverkauf, Untergang der Pfandsache, Tilgung der Pfandschuld (6 pr. D. 20,6), confusio (Vereinigung von Pfandforderung und Pfandschuld in einer Hand), remissio pignoris, Verjährung. Die actio hypothecaria gegen den Schuldner verjährte erst in 40 Jahren. Verjährung der Forderung ließ das Pfand unberührt (2 C. 8,30).

---

1) Ähnlich Handelsgesetzbuch § 769,2 für Bodmerei-Darlehen.

2) Zu unterscheiden von bloßer Prioritäts-Zession (Rangstellen-Austausch).

4. Buch.

Familienrecht.

Erster Abschnitt.

Familien-Personen-Recht.

§ 79. Der römische Familienbegriff.

Wie auch heute dem Staatswesen als größtem menschlichen Verbande die Familie als kleinster menschlicher Verband gegenübersteht, so war dies in den altrömischen Verhältnissen — ähnlich auch bei anderen jugendlichen Völkern — in erhöhtem Maße der Fall. Es springt dies um so mehr in die Augen, als in alter Zeit der römische Staat und die Stadt Rom eins waren.

Der altrömische Familienverband war ein agnatischer, d. h. er beruhte nicht wie die natürliche Familie in erster Linie auf der Blutsverwandtschaft (kognatische Familie), sondern auf dem Begriffe des Unterworfenseins unter eine gemeinsame Gewalt,[1]) die Gewalt des pater familias (alter Genetiv für familiae). Jhering II,162 ff. meint, daß sich die Gesamtheit dieser Gewalt in der manus versinnbildlicht habe, die Frau war in manu mariti, die Kinder konnten emanzipiert, die Sklaven manumittiert werden. Aus dem einheitlichen Begriffe der manus haben sich als besondere abgeschieden das dominium über Sklaven, die patria potestas über Kinder, die manus über die Ehefrau.[2])

---

[1]) Auf der agnatischen Familie baute sich der weitere Agnaten-Verband der gens und auf den gentes der römische Geschlechterstaat auf, gegen dessen Geschlossenheit die Plebejer später ankämpften.

[2]) Jhering II. S. 164.

Zur altrömischen Familie gehörten — wenn auch nur als Sachen — die Sklaven, die übrigens in alter Zeit als — in nicht großer Zahl vorhandene — Gehilfen des selbst sein Feld bebauenden Römers eine weit geachtetere Stellung einnahmen als später, wo Sklaven zahlreich zu haben waren (aus den unterworfenen Ländern), wo sich der wohlhabende Römer nicht mehr selber dem Landbau widmete. Außerdem waren die Sklaven der alten Zeit meist Angehörige verwandter Stämme, während sie später aus allen möglichen Gegenden kamen.

Zur familia gehörten aber i. w. S. nicht bloß Sklaven als Sachen, sondern auch andere Sachen, wie familia überhaupt verschiedenes bedeuten konnte. Den besten Aufschluß hierüber gibt uns Ulpian in l. 195 D. de verborum significatione 50,16: Familiae appellatio qualiter accipiatur, videamus. et quidem varie accepta est: nam et in res et in personas deducitur. in res, ut puta in lege duodecim tabularum his verbis „adgnatus proximus familiam habeto". ad personas autem refertur familiae significatio ita, cum de patrono et liberto loquitur lex: „ex ea familia", inquit „in eam familiam": et hic de singularibus personis legem loqui constat. Weiter spricht er in § 2 eod. von der agnatischen Familie als Personenverband und von dem weiteren Agnatenverband, in § 3 sagt er: servitium quoque solemus appellare familias ut . . . interdicto unde vi familiae appellatio omnes servos comprehendit.

In der Verbindung familia pecuniaque glaubt man res mancipii und nec mancipii, also das Gesamtvermögen bezeichnet zu finden.[1]) Später diente sowohl

---

[1]) Vgl. Ihering II. S. 165, 166, Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte, 3. A., S. 128, Karlowa II. S. 78 ff.

familia wie pecunia für sich zur Bezeichnung des Gesamtvermögens, da der Gegensatz von res mancipii und nec mancipii verschwand.

Der pater familias, Hausherr wurde als keiner anderen Person unterworfen sui iuris genannt, die seiner Gewalt Unterworfenen hießen alieni iuris, sie waren teils in potesta te (Sklaven — Gajus 1,52 —, liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus — Gajus 1,55 —), teils in manu (Ehefrau — Gajus 1,108 ff. —), teils in mancipio (Gajus 1,116 ff.).

§ 80. Die agnatische Familie.

Sie war, wie erwähnt, die ältere, die des ius civile und umfaßte die Personen, die unter derselben väterlichen (hausherrlichen) Gewalt standen, mochten sie blutsverwandt sein oder nicht. Wenn der Sohn aus der väterlichen Gewalt entlassen, emanzipiert war, war er Fremder, hatte z. B. kein Erbrecht mehr, die agnatische Verwandtschaft, die in alter Zeit allein familienrechtliche und erbrechtliche Ansprüche gab, war aufgelöst. Umgekehrt trat ein nicht blutsverwandter Fremder durch Adoption in die agnatische Verwandtschaft mit allen ihren Rechten ein. Die agnatische Familie war eben eine politische Korporation, übte politische Funktionen im Rahmen der altrömischen Gentilverfassung.[1])

Auch nach dem Tode des paterfamilias, nach dem Wegfall der väterlichen Gewalt umschloß omnes qui sub unius potestate fuerunt, ein gemeinsames Band unter der Bezeichnung Agnaten. Sie erbten nach 12Tafelrecht in der 2. Klasse. Sie waren eine Familie i. w. S.

---

[1]) Vgl. Ihering I. S. 206.

Selbst die Gentilen, die in der 3. Klasse erbten, bezeichnete man als eine Familie i. w. S. Sie waren agnatisch verwandte Angehörige derselben gens, die durch ihren gleichen Stammnamen (nomen gentilicium) ihre Abstammung von einem gemeinsamen Ahnherrn dartaten und weder zu den sui (Gewaltunterworfenen) noch zu den Agnaten gehörten. Die gens faßte ihre Angehörigen u. a. in der Opfergemeinschaft zusammen. Die Gentilität verlor ihre Bedeutung schon anfangs der Kaiserzeit.

Die agnatische Verwandtschaft wurde nur durch den Mannsstamm (per virilem sexum, mas a mare) vermittelt. Die Kinder der Tochter wurden z. B. nicht agnatisch verwandt mit dem mütterlichen Großvater — soweit allein ihre Mutter in Frage kam —, selbst wenn ihre Mutter bei Eingehung einer Ehe ohne Manus in der väterlichen Gewalt blieb.[1]) Auch Weiber können Agnaten sein. Die agnatische Verwandtschaft konnte entstehen abgesehen von Zeugung durch Adoption und durch in manum conventio bei Eingehung einer Manusehe, durch welche die Ehefrau filiaefamilias loco wurde (Gajus 2,159).

Die umfassendere Bezeichnung für Verwandtschaft war übrigens cognatio. Naturalis quidem cognatio hoc ipso nomine appellatur; civilis autem cognatio .. proprie adgnatio vocatur, videlicet quae per mares contingit 4,2 D. 38,10.

Die naturalis cognatio, die Blutsverwandtschaft, war aber auch für das alte Recht nicht ganz ohne Bedeutung. Sie kam vielmehr in Frage, wenn es sich

[1]) Vgl. hierüber Jhering II. S. 191. Kraft seiner väterlichen Gewalt konnte der Vater die Ehe wider Willen beider Ehegatten trennen, noch zu Ulpians Zeit, da allerdings mit Einschränkungen, vgl. 1,5 D. de lib. exh. 43,30.



um Ehehindernisse[1]) handelte. Durch den Prätor wurde mit der Zeit die Blutsverwandtschaft, besonders für den Fall der Beerbung, zu immer größerer Bedeutung erhoben. Zu Justinians Zeit hatte das kognatische Verwandtschaftsprinzip das agnatische fast ganz verdrängt.

§ 81. Die kognatische (natürliche) Familie.

Sie gehört dem ius gentium an und baut sich auf der Blutsverwandtschaft auf, mag dieselbe durch Männer oder Weiber vermittelt sein. Blutsverwandtschaft kann nur durch Zeugung (und Geburt) entstehen.

Man unterscheidet Verwandte in auf- und absteigender Linie (Ascendenten — Descendenten; Eltern, Voreltern — Abkömmlinge) und Seitenverwandte, Kollateralen, z. B. Geschwister, Onkel und Tante.

Unter den Geschwistern unterscheidet man vollbürtige (germani) und halbbürtige (consanguinei mit gemeinsamem Vater, uterini mit gemeinsamer Mutter).

Mehrfache Verwandtschaft ist möglich, z. B. zwei Brüder heiraten zwei Schwestern, dann sind deren Kinder miteinander mehrfach verwandt.

Die Nähe der Verwandtschaft wird nach Graden, diese nach der Zahl der Zeugungen berechnet, wobei bis zu dem gemeinsamen — männlichen oder weiblichen — Stammhaupte zurückgegangen wird (quot generationes tot gradus), Geschwister sind z. B. miteinander im 2. Grade, Eltern und Kinder miteinander im 1. Grade verwandt.

Kinder sind mit ihrem Vater nur verwandt, wenn sie in rechtmäßiger Ehe erzeugt sind. Uneheliche Kinder

[1]) Wer übrigens Agnat war, wurde auch als kognatisch verwandt angesehen, nur nicht umgekehrt, 10,4 D. 38,10.

(vulgo quaesiti, spurii, liberi naturales = Konkubinenkinder) sind nur mit der Mutter verwandt. Jedoch nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere[1]) (14,2 D. 23,2).

Ehegatten sind miteinander nicht verwandt. Zwischen den Verwandten des einen Ehegatten und dem anderen Ehegatten besteht Schwägerschaft (affinitas; adfines sunt viri et uxoris cognati). Sie endet mit Ende der Ehe, besteht aber als Ehehindernis weiter.

Stiefverwandtschaft (affinitas) ist das Verhältnis eines Ehegatten zu eingebrachten Kindern des anderen.

§ 82. Die Ehe. Wesen, Arten, lex Julia et Papia Poppaea.

Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio[2]) (Modestin 1 D. 23,2).

Die Römer unterschieden:

a) die zivile Ehe, die connubium voraussetzte (iustum matrimonium) und die Ehe nach ius gentium.

b) Ehe mit manus (sog. strenge Ehe, Übertritt in den Agnaten-Verband des Mannes), Ehe ohne manus (sog. freie Ehe), bei der die väterliche Gewalt, falls solche bestanden hatte, sich fortsetzte. Nach ius civile trat die Mutter hier in keine rechtliche Beziehung zu ihren Kindern, da sie mit diesen nicht agnatisch verwandt wurde.

Die manusfreie Ehe soll etwa zur Zeit der 12 Tafeln

---

[1]) Ähnlich B.G.B. 1310,3. 1705.

[2]) Im Widerspruch hiermit steht, daß nach r. R. die Ehe auf das beiderseitige Vermögen der Ehegatten grundsätzlich gar keinen Einfluß ausübte.



aufgekommen sein.[1]) Sie hat allmählich die andere verdrängt. Unter manus verstand man später nur die vermögensrechtliche Seite der Ehe.[2])

Eine außereheliche, aber gesetzlich geduldete Geschlechtsverbindung ohne affectus maritalis, hauptsächlich zwischen patronus und liberta, kam zu Anfang der Kaiserzeit in dem Konkubinat auf. Der Konkubinat war ohne rechtliche Folgen. Erst in der späteren Kaiserzeit erhielten die aus ihm entspringenden Kinder vor anderen unehelichen Kindern als liberi naturales eine vorzugsweise Behandlung durch Legitimationsfähigkeit. Von Justinian erhielten sie auch ein beschränktes, gesetzliches Erbrecht. Testamentarisch konnten sie von jeher bedacht werden, aber auch nur beschränkt.

Der zunehmenden Ehe- und Kinderlosigkeit (Cölibat, Orbität) suchte das umfangreiche und viel kommentierte Spezialgesetz, die leges Julia et Papia Poppaea aus den Jahren 4 und 9 n. Chr. zu steuern. Einerseits knüpften sie privatrechtliche Nachteile an die Ehe- und Kinderlosigkeit, caelibes und orbi waren z. B. erwerbsunfähig aus Testamenten. Andererseits gaben sie verheirateten und kinderreichen Personen Vorteile, z. B. wurden Frauen mit 3 oder 4 Kindern frei von Vormundschaft (ius trium quattuorve liberorum,

[1]) Jhering II. S. 198 führt ihre Entstehung zurück auf das Bestreben der Agnaten als gesetzlicher Tutoren einer Frau sui iuris, durch Verweigerung der von ihnen zu erteilenden Genehmigung zur Eingehung einer Ehe mit manus sich ihre Erbansprüche zu erhalten. Sie wären dann aber nach der Sitte verpflichtet gewesen, wenigstens eine dos zu bestellen. Andere erklären das Aufkommen der freien Ehe mit dem zunehmenden Drange der Frauen nach Freiheit und der bei ihnen natürlichen Folge, der Zügellosigkeit. Vgl. Schulin Röm. Rechtsgeschichte S. 213, Karlowa II. S. 168.

[2]) Vgl. hierüber Jhering II. S. 198.

Gajus 1,194). In der christlichen Kaiserzeit beförderte man wieder die Ehelosigkeit. Konstantin[1]) (1 C. 8,57) hob die poenae coelibatus et orbitatis auf, Justinian schaffte weiter das ius liberorum fast ganz ab.

§ 83. Verlöbnis. Eheschließungsformen. Manus.

Verlöbnis (sponsalia), wechselseitiges Eheversprechen, pflegte auch im römischen Rechte der Eheschließung vorherzugehen. Es geschah ursprünglich in Form einer sponsio zwischen Bräutigam und Brautvater und war auf das Interesse klagbar.[2]) Später wurde formloser Vertrag üblich, der nur eine nicht erzwingbare spes matrimonii gab.

Eheschließungformen.[3])

a) Die älteste Form war die sakrale, auf Patrizier beschränkte confarreatio, wobei dem Jupiter Farreus von den Brautleuten ein gemeinsames Opfer gebracht wurde.[4]) Mit der confarreatio trat die Frau in die Manus des Mannes. Die Konfarreationsehe erhielt sich — jedoch mit bloßer Beziehung der Manus auf sacra — bis in die Kaiserzeit als Voraussetzung der Fähigkeit zu gewissen Priesterämtern (Gajus 1, 136).

b) Die Plebejer hatten am öffentlichen Kultus der römischen Staatsgötter ursprünglich keinen Anteil.[5])

---

[1]) 306—337 n. Chr.

[2]) Falls nicht der beklagte Teil iusta causa für repudium hatte.

[3]) Vgl. hierüber besonders Karlowa II. S. 154 ff. 164 ff.

[4]) Vgl. Gajus 1,112.

[5]) Karlowa II. S. 165.

Die Konfarreationsehe war ihnen daher nicht zugänglich. Um ihnen aber eine vollwirksame zivile Ehe zu ermöglichen, schuf man die nicht sakrale coemtio (ähnliche Zusammensetzung wie coitus), ein Manzipationsgeschäft per aes et libram,[1])

[1]) Durch die coemtio wurde zunächst nur Manus begründet. Erst die Nebenberedungen (nuncupatio) gaben dem Akte die Form der Eheschließung. Später wurde die coemtio auch zu anderen Zwecken benutzt, wobei die Manus nur dicis causa (zum Schein), aber keine Scheinehe, begründet wurde. Man spricht hier von coemtio fiduciaria (mit Treuhänderklausel). Sie erfolgte z. B. tutelae evitandae causa (Gajus 1,115) oder testamenti faciendi gratia (Gajus 1,115 a). Als wichtigster Fall in ersterer Beziehung ist auf die gesetzliche Geschlechtsvormundschaft der Agnaten über eine Frau sui iuris einzugehen. Sie hatte den Zweck, die Frau in der Verwaltung ihres Vermögens, das erbrechtlich proximo agnato zufiel, zu überwachen. Diese Agnaten-Tutel wurde unbeliebt, wie ja auch das kognatische Verwandtschaftsprinzip das agnatische verdrängte. Den Agnaten loszuwerden, begab sich die bevormundete Frau durch coemtio mit pactum remancipationis in die Manus (nicht Ehe) eines Mannes (coemptionator), wodurch capitis deminutio der Frau und damit familiae mutatio, Aufhebung des Agnaten-Bandes und der Agnaten-Tutel bewirkt wurde. Der coemptionator nahm nun die remancipatio fiduciae causa vor, d. h. er verkaufte die Frau in das Manzipium (dies konnte nur ein Gewalthaber, daher mußte die Frau sich zuerst in Manus begeben, konnte nicht gleich in ein Manzipium gehen) eines ihm von der Frau bezeichneten Mannes, der alles zu tun bereit war, was die Frau von ihm fordern würde. Hierbei fand die Nebenberedung der Freilassung statt. Dieser Mann ließ die Frau frei und wurde als Manumissor ihr Vormund (tutor fiduciarius). Gleichzeitig wurde die Frau liberta, was eine weitere Bedeutung hatte. Ingenuae konnten nämlich kein Testament errichten, wohl aber libertae (näheres bei Karlowa II S. 858), allerdings nur mit auctoritatis interpositio des manumissor, so daß sie faktisch keine Testierfreiheit hatten, wenn der manumissor nicht eben ein gefügiger war. Indem eine ingenua den oben geschilderten Weg einschlug, erlangte sie als liberta

Übertragung der manus, wobei die nuncupatio die Eheberedungen enthielt.

Testierfähigkeit und zwar, da ihr tutor fiduciarius die Gefügigkeit selber war, wirkliche Testierfreiheit. Dies war die coemtio testamenti faciendi gratia.

Zum Eintritt in die Manus war die Zustimmung des Vormunds nötig. Der Agnat-Tutor speziell wird natürlich dieselbe anfangs meist verweigert haben, da dies gegen seine Interessen ging. Dies half ihm aber nichts. Denn der für Anerkennung der Blutsverwandtschaft wirkende Prätor erzwang dann seine Zustimmung (Gajus 1,190).

Von einer Scheinehe ist in diesen Fällen keine Rede, wie Ihering III. S. 282 ff. und ihm folgend Karlowa II. S. 169 ff. irrtümlich annehmen. Anlaß hierzu hat Cicero, pro Murena 12, 27, gegeben: Sacra interire (sc. mulieres) illi (sc. maiores) noluerunt: horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt. Daß hier gerade senes als coemptionatores fungieren, hat wohl zur Annahme einer Scheinehe geführt im Widerspruch mit der ganzen Darstellung des Gajus, deren Kern die Manus, nicht die Ehe ist. Nach Savigny — s. bei Karlowa II. S. 170 — wurden senes aber deshalb als coemptionatores gewählt, weil bei ihnen möglichst baldiges Eingehen der sacra gewährleistet war, was der Kernpunkt der zitierten Stelle ist. Dies als richtig vorausgesetzt, wäre die Geschichte vom dekrepiden Greise, wie sie Ihering III. S. 284 und ihm folgend Karlowa II. S. 171 vortragen, in das Reich der Fabel zu verweisen, weil alsdann die Übertragung der manus gerade auf Greise auch ohne Schein-Ehe hinlänglich motiviert wäre. Übrigens war es doch im Interesse der Frau, gerade durch Auswahl eines Greises das Band möglichst bald zu lösen, das sie mit ihrem Manumissor verknüpfte. Abgesehen hiervon mögen in Rom Scheinehen vorgekommen sein, vielleicht zur Umgehung der Nachteile bei Ehelosigkeit aus der lex Julia et Papia Poppaea.

Die Agnaten-Tutel wurde durch Claudius ganz aufgehoben (Gajus 1,171) und Hadrian machte die andere coemtio überflüssig, indem er den ingenuae Testamentsfähigkeit, allerdings nur tutore auctore (Mitwirkung), gab (Gajus 1,115a, 2,112).

Durch das plebiscitum Canulejum vom Jahre 444 v. Chr. war zwischen Plebejern und Altbürgern das connubium eingeführt worden. Die Koemtionsehe war nun auch zwischen Patriziern und Plebejerinnen möglich. Die confarreatio blieb auf Patrizier beschränkt.

c) Im Anschluß an die Koemtionsehe entwickelte sich die Ususehe. Wie im Gebiete des Sachenrechts die Usukapion ein Surrogat der mangelhaften oder ganz fehlenden Manzipation war, so war auch der Usus als Form der Eheschließung ein Surrogat der ganz unterlassenen oder mangelhaften coemtio (Karlowa II,167). Sie kam zustande, indem eine weibliche Person tatsächlich, aber formlos sich ein Jahr lang einem Manne wie eine Ehefrau hingab. Nach Ablauf eines Jahres entstand Manus (Gajus 1,111). Schulin sieht hierin eine Probe-Ehe.[1]) Durch die XII Tafeln war der Frau die Möglichkeit gegeben, durch Abwesenheit quotannis trinoctio usurpandi causa den Eintritt der Manus zu verhindern (Gajus l. c.).

d) Aus der Ususehe,[2]) richtiger, aus ihrem Vorstadium, der Probe-Ehe, hat sich die auf nudus consensus gegründete Ehe ohne Manus entwickelt (consensus facit nuptias). Sie konnte auch brieflich geschlossen werden (5 D. 23,2). Es bedurfte zur Eingehung einer Ehe stets der Zustimmung der Gewalthaber. Die Frau ohne Manus hieß uxor, die mit Manus materfamilias. Die Ehe ohne Manus wurde die vorherrschende.

---

1) Eine solche war auch im ägyptischen Rechte anerkannt (Schulin, Röm. Rechtsgesch. S. 211). Probe-Ehen existieren auch heute, z. B. in Serbien.

2) Vgl. Karlowa II. S. 167.

Manus ist die hausherrliche Gewalt des Ehemannes über die Ehefrau, kraft deren letztere aus ihrem agnatischen Familienverbande in den seinen übertrat, ihr Vermögen im Wege der Universalsuccession an den Mann fiel, ihr künftiger Erwerb diesem gehörte. Die Ehefrau in manu mariti war dem Manne gegenüber quasi filiafamilias, ihren Kindern gegenüber quasi soror.

Die manus war ohne weiteres verbunden mit der confarreatio. Sie wurde durch das Manzipationsgeschäft der coemtio (des Sichzusammenkaufens) wie Eigentum übertragen. Es sind dies die Fälle der in manum conventio, die zugleich Eheschließung waren. Kraft Gesetzes entstand die manus durch Usus. Die Ehe mit manus wurde von der später aufgekommenen, nach Karlowa II S. 168 wahrscheinlich durch Gesetz eingeführten[1]) Ehe ohne manus allmählich verdrängt und war zu Beginn der Kaiserzeit nur noch selten zu finden. Mit Einführung und Überwiegen der freien Ehe mußte nun umgekehrt die manus bei Eheschließung besonders ausgemacht werden, sie begann sich vom Akte der Eheschließung zu trennen und fand schließlich selbständige Verwendung zu anderen Zwecken als denen der Eheschließung. Beispiele hierfür haben wir in der coemtio tutelae evitandae causa u. s. w. gehabt.

§ 84. Ehehindernisse. Auflösung der Ehe. Wiederverheiratung.

Ehehindernisse. Man unterscheidet absolute, allgemeine und relative (zwischen bestimmten Personen) Ehehindernisse.[2])

[1]) Nachdem von dem ius trinoctii immer häufiger Gebrauch gemacht worden war.

[2]) Die neuere Einteilung ist im Anschluß an das Kirchenrecht



Zu den absoluten rechnete man Wahnsinn, Kastration, vor allem Unmündigkeit. Eine besondere Ehemündigkeit — wie im B.G.B.[1]) — gab es im römischen Rechte nicht.

Zu den relativen zählte man Verwandtschaft (Gajus 1, 59—62) und — wie auch heute[2]) — Ehebruch. Ebenso war nach r. R. die Ehe verboten zwischen Vormund und Mündel, so auch nach Reichspersonenstandsgesetz von 1875, aber nicht nach B.G.B.

Auflösung der Ehe. Außer durch Tod und Gefangenschaft wurde die Ehe aufgelöst:

- bei der confarreatio durch diffarreatio,
- durch Trennung von seiten des Gewalthabers bei der Ehe ohne Manus (1,5 D. 43,30), doch war später Zustimmung der Tochter erforderlich, im übrigen
- durch privates[3]) Übereinkommen (divortium i. e. S.) oder privates repudium (einseitige Kündigung), das jedoch seit der lex Julia de adulteriis, 17 v. Chr., vor 7 Sollennitätszeugen erfolgen mußte.

Die Scheidung war noch zu Justinians Zeit eine private, für leichtfertige, ohne besonderen bezw. gesetzlichen Grund[4]) vorgenommene Scheidung waren aber Vermögensstrafen festgesetzt.

Wiederverheiratung. Sie war ursprünglich aus Rücksichten der Trauer beschränkt durch das 10monatliche

---

impedimenta impedientia (bloß aufschiebend), impedimenta dirimentia (publica mit Richtigkeit, privata mit Anfechtbarkeit).

[1]) § 1303, nur impedimentum impediens, ohne Einfluß auf eine eingegangene Ehe.

[2]) B.G.B. 1312.

[3]) Heute formelles, zivilprozessuales Verfahren.

[4]) Heute bestimmte Scheidungsgründe.

(Romulische) Trauerjahr. Später war der Grund der Beschränkung die Befürchtung einer turbatio sanguinis — wie heute —, die Frist wurde auf 12 Monate erhöht (B.G.B. 1313: 10 Monate). Zur Zeit der christlichen Kaiser suchte man — im Interesse der Kinder aus erster Ehe — von Wiederverheiratung durch Vermögensnachteile abzuschrecken.

§ 85. Väterliche Gewalt.[1]

1. Wesen. Die Patria Potestas ist nationalrömisch. Fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem qualem nos habemus, Gajus 1,55. Im Justinianischen Rechte bestand sie nur noch abgeschwächt. Privatrechtlich[2]) ähnelte die Stellung der in patria potestate befindlichen Hauskinder derjenigen der Sklaven. Wie gegenüber Sklaven galt ihnen gegenüber das ius vitae ac necis (später auf ein Züchtigungsrecht abgeschwächt), das ius vendendi (später auf Scheinverkauf und Fall der Not beschränkt), das ius noxae dandi (im Justinianischen Rechte verschwunden); was sie erwarben, erwarben sie wie die Sklaven dem Gewalthaber (später durch das Pekulienrecht beschränkt), umgekehrt verpflichteten sie wie die Sklaven nur sich selber. Der Haussohn konnte, solange er in patria potestas stand, also regelmäßig bis zum Tode seines Vaters (oder Verlust der Zivität) keine patria potestas ausüben, seine Kinder standen vielmehr in der potestas ihres Großvaters (4 D. 1,6).

2. Entstehung. Die patria potestas entstand:

a) durch Zeugung. Nur eheliche Kinder haben einen Vater. Pater est, quem nuptiae demonstrant,

---

[1]) Heute spricht man von elterlicher Gewalt, da es auch eine Gewalt der Mutter gibt, B.G.B. 1626 ff.

[2]) Ämter konnten sie bekleiden 9 D. 1,6.

d. h. der Ehemann zur Zeit der Konzeption (182. bis 300. Tag vor Geburt) galt als Erzeuger. Wurde die Vaterschaft bestritten, so hatte das Kind und seine Mutter die actio de partu agnoscendo. Gegen Kindes-Unterschiebung und -Unterschlagung schützten das Sct. Plancianum[1]) für den Fall der Scheidung und das edictum de ventre inspiciendo custodiendoque partu für den Fall des Todes (Dig. 25,4);

b) durch Legitimation von liberi naturales (Konkubinenkindern). Die Legitimation konnte geschehen entweder per subsequens matrimonium (von Konstantin eingeführt) oder per curiae oblationem (dadurch, daß der uneheliche Sohn decurio,[2]) die uneheliche Tochter Frau eines decurio wurde, eingeführt durch Theodosius II.) oder per rescriptum principis (eingeführt durch Justinian);

c) durch Adoption (Annahme an Kindesstatt) fremder Personen. Adoptio autem duobus modis fit, aut populi auctoritate aut imperio magistratus, ueluti praetoris (Gajus 1,98 ff.). Die Adoption auctoritate populi war die einer persona sui iuris und wurde speziell Arrogation genannt, die andere im Gegensatz hierzu adoptio i. e. S. (1,1 D. 1,7).

---

1) Unter Hadrian, nicht zu verwechseln mit dem gleichnamigen unter Vespasian.

2) Mitglied der curia, einer in den Städten — abgesehen von Rom — bestehenden Körperschaft, die in erster Linie für die Steuerlasten aufzukommen hatte; aus dem ordo decurionum wurden die höheren Beamtenstellen besetzt. Starb ein decurio ohne Erben, so hatte die curia vor dem Fiskus ein Anrecht auf seine Güter. Vgl. noch 8. 4 C. 5,27. Die unter den Dekurionen stehende Bevölkerung der Städte hießen plebeji. Vgl. Karlowa I. S. 898—908.

Die Adoption hatte in älterer Zeit nicht bloß privatrechtliche, sondern auch sakrale und politische Bedeutung, indem sie der Erhaltung der familiae und gentes, auf denen die römische Staatsverfassung beruhte, diente.

Adoptio naturam imitatur, der Adoptierende mußte 18 Jahre (eine plena pubertas) älter sein als das Adoptivkind.[1]) Adoptieren konnte ferner nur, wer patria potestas haben konnte, daher nicht Frauen[2]) (10 J. 1,11). Erforderlich war Übereinstimmung der beteiligten Personen.

Die Wirkung der Adoption bestand darin, daß das Adoptivkind in die Familie des Adoptivvaters eintrat, den Vor- und Geschlechtsnamen des letzteren annahm.

Die Arrogation hatte sakralen Charakter und fand nach älterem Rechte in den Kuriatkomitien der Patrizier unter Mitwirkung der Pontifizes, die auch eine Vorprüfung der Sache vorzunehmen hatten, statt. Die Form war die einer Gesetzes-Rogation. In der Kaiserzeit besorgten die Pontifizes allein die Arrogation, später geschah sie per rescriptum principis.

Der Arrogierende mußte 60 Jahre alt[3]) und kinderlos sein.[4]) Nicht arrogiert konnten werden Weiber und Unmündige, weil sie in der Volksversammlung nicht erscheinen konnten. Seit Antoninus Pius (138—161) konnten aber auch Unmündige causa cognita unter gehöriger vermögensrechtlicher Sicherstellung arrogiert

---

[1]) 4 J. 1,11. So auch B.G.B. 1744. Diese Bestimmung wurde in der Kaiserzeit getroffen, nachdem Clodius zur Erlangung der Stelle eines Volkstribuns sich, um den Vorgang lächerlich zu machen, von einem jüngeren Plebejer hatte adoptieren lassen.

[2]) Ausnahmsweise konnten sie per rescriptum principis adoptieren ad solatium liberorum amissorum (zum Trost für den Verlust von Kindern), 10 J. 1,11.

[3]) 15,2 D. 1,7. Nach B.G.B. 1744 genügen 50 Jahre.

[4]) So auch B.G.B. 1741.



werden. Der Arrogierende mußte u. a. dem Unmündigen für jeden Fall ein Viertel seines Vermögens vermachen (quarta divi Pii), vgl. 3 J. 1,11.

Der Arrogierte trat nicht bloß selber, sondern mit seinen Abkömmlingen in die Familie des Arrogierenden ein. Auf diesen ging sein Vermögen im Wege der Universalsuccession über; bei Justinian hatte der Arrogator nur noch den Nießbrauch (2 J. 3,10).

Die Adoption i. e. S. bewirkte nur den Übertritt des zu Adoptierenden, nicht auch seiner Abkömmlinge.

Der Vorgang bei der Adoption, bei dem es sich um Lösung der alten und Begründung der neuen patria potestas handelte, war vor Justinian ein komplizierter. Er stützte sich auf den Satz der 12 Tafeln (tab. IV, 2): Si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto. Der bisherige Vater verkaufte (manzipierte) seinen Sohn dreimal an den Adoptierenden, wodurch seine patria potestas verloren ging. Letzterer manumittierte den Sohn nach der ersten und zweiten Manzipation, wodurch dieser in die ursprüngliche patria potestas immer zurückfiel. Nach der dritten Manzipation manumittierte er ihn nicht. Er hatte nun das Manzipium, wollte aber patria potestas haben. Um dies noch zu bewirken, remanzipierte er jetzt den Sohn an seinen Vater und behauptete dann vor dem Prätor, daß er die patria potestas habe, der bisherige Vater verschwieg sein dem entgegenstehendes Manzipium und so kam es im Wege der in iure cessio[1]) zur addictio des Adoptivkindes durch den Prätor an den Adoptans[2]). Zu solchen wunderlichen Umständlichkeiten führte die Römer ihr vielgenannter konservativer Hang.

---

[1]) Vindicatio in potestatem, neben den Interdikten de liberis ducendis et exhibendis das Schutzmittel der patria potestas.

[2]) Gajus 1,134.

Erst Justinian schuf eine einfache Form für die Adoption: Erklärung zu behördlichem Protokoll in Gegenwart und Übereinstimmung der Beteiligten.

Justinian schuf — in der Wirkung der Adoption — noch eine weitere Neuerung. Er unterschied zwischen adoptio plena (durch einen Aszendenten, z. B. Großvater von Mutters Seite) und adoptio minus plena (durch einen extraneus). Nur erstere hatte patria potestas zur Folge, letztere gab nur ein eventuelles Erziehungsrecht und ein Intestaterbrecht und zwar des Adoptierten gegen den Adoptierenden, nicht auch umgekehrt. Die bisherige Patria Potestas blieb also bestehen.

3. Ende der patria potestas.

In der Regel endet sie erst mit dem Tode bezw. Verlust der Zivität des Gewalthabers. Die Kinder des Haussohns stehen in derselben patria potestas wie ihr Vater. Die Frau bleibt bei der Ehe ohne Manus in der potestas ihres Vaters.

Ausnahmsweise endete sie unfreiwillig durch Erlangung der Würde eines flamen Dialis, in der christlichen Kaiserzeit eines Bischofs durch den Sohn, ferner nach neuerem Kaiserrecht durch Verwirkung (zur Strafe), z. B. bei Verkuppelung der Tochter, freiwillig durch Emanzipation.[1])

Die Emanzipation[2]) (Entlassung aus der väterlichen Gewalt), erfolgte wie die Adoption auf grund des angeführten Satzes der 12 Tafeln, nur daß hier den 3 Manzipationen auch 3 (nicht bloß 2) Manumissionen[3]) (Freilassung e mancipio) entsprachen.

---

[1]) Und wie schon angeführt durch Adoption und in manum conventio.

[2]) Vgl. Gajus 1,132 und Karlowa II. S. 242.

[3]) Durch alle diese Akte wurden capitis deminutiones bewirkt.

Man glaubt, daß die Emanzipation nicht lange nach den 12 Tafeln aufgekommen ist. Wenigstens berichtet Livius von C. Licinius Stolo, einem Urheber der berühmten lex Licinia Sextia vom Jahre 365, daß er seinen Sohn zu dem Zwecke emanzipiert habe, um durch Überlassung von Strecken Gemeindelandes an ihn die Bestimmung jenes Gesetzes über das Maß der zu okkupierenden Ländereien zu umgehen.

Ursprünglich wurden die verschiedenen Manzipationen und Manumissionen zu getrennten Zeiten und mit verschiedenen Personen vorgenommen. Später schlossen sie sich zu einem einheitlichen Akte zusammen. Der Kaiser Anastasius (Vorgänger Justinians) führte die Emanzipation per rescriptum principis ein (emancipatio Anastasiana), Justinian die zu behördlichem Protokoll in Gegenwart des nicht widersprechenden Kindes (emancipatio Justinianea).[1])

4. Schlußbemerkung. Adoptionen, Arrogationen, Emanzipationen bildeten im römischen Rechte im Gegensatze zu heute nichts seltenes. Es lag dies an der (vermögens-)rechtlichen Organisation der römischen Familienverhältnisse. Vielfachen Anlaß boten hierzu auch die polizeilichen Bestimmungen der im Interesse der Förderung des Familienlebens erlassenen leges Julia et Papia Poppaea. Vgl. hierüber Jhering III, 268 ff., unter „Die Schleichwege des Lebens", der von einer tiefen Unsittlichkeit dieses Gesetzes spricht, das selbst der Witwe und der geschiedenen Frau nicht schonte, Greise und Greisinnen in die Ehe trieb und das Leben manches wider Willen erzeugten Kindes und manchen Ehebruch auf dem Gewissen haben mochte.

---

[1]) Der Vater behielt trotz der Emanzipation den halben Nießbrauch an den bona adventicia des Emanzipierten als praemium emancipationis.

§ 86. Das Manzipium.

Das Manzipium ist ein Verhältnis, kraft dessen der in mancipio Befindliche zwischen Sklaven und Haussohn steht. In ernstlicher Weise wurde es begründet durch noxae datio oder durch mancipatio. In späterer Zeit diente das Manzipium fast ausschließlich den im vorigen Paragraphen geschilderten Zwecken der Adoption, Arrogation, Emanzipation. Vgl. Gajus 1,166 ff. und 138—140, wo die in mancipio Befindlichen als servorum loco behandelt werden, deren Freilassung aber gegenüber derjenigen von Sklaven sehr erleichtert ist (Vgl. Karlowa II, S. 233 ff.).

Zweiter Abschnitt.

Familien-Güter-Recht.

§ 87. Vermögensrechtliche Verhältnisse zwischen den Ehegatten.[1]

1. Ehe mit Manus.

Da die Ehefrau bei der Manusehe filiae loco war, so war sie nicht selbständig vermögensrechtsfähig. Hatte sie bei Eingehung der Ehe bereits selbständiges Vermögen — wenn sie sui iuris gewesen war —, so ging dieses im Wege der Universal-Succession auf den Ehemann über[2]). Da mit dem Eintritt in die manus mariti eine capitis deminutio minima eintrat, so gingen auch wie bei jeder capitis deminutio die Schulden unter; der Prätor gewährte hiergegen aber in integrum restitutio mit der Folge, daß der Mann die Schulden mit res uxoria decken mußte. Was die Ehefrau in manu erwarb, erwarb sie dem Manne.[3]) Beim Tode des Mannes erbte die Frau filiae loco, wie eine Haustochter.

---

[1]) Vgl. Karlowa II. S. 190 ff.

[2]) Gajus $2_{,98}$.

[3]) Gajus $2_{,86}$.

Was den rechtlichen Charakter des Übergangs des Frauen-Vermögens auf den Ehemann anbelangt, so ist man überwiegend der Ansicht, das dies eine Bereicherung gewesen sei. Karlowa meint aber, daß dieses angefallene Vermögen rechtlich wie die dos behandelt wurde.

Hatte die Frau bei Eingehung der Ehe kein selbstständiges Vermögen, so wurde dem Manne eine dos[1]) gegeben.

2. Ehe ohne Manus.

Mit Eingehung einer solchen Ehe blieb die Frau entweder in der patria potestas oder behielt, wenn sie sui iuris gewesen war, ihre selbständige Vermögensrechtsfähigkeit (was sie erwarb, erwarb sie sich selbst). Die Ehe übte hier auf das beiderseitige Vermögen der Ehegatten keinerlei Einfluß aus. Die Lasten der Ehe, onera matrimonii, fielen dem Ehemanne allein zur Last. Es war jedoch sittliche Pflicht, bei gegebener Möglichkeit als Beitrag hierfür von seiten der Frau dem Manne ein Gut einzubringen, die dos. Im Gegensatz zu diesem eingebrachten Gute stand das Vorbehaltsgut (parapherna, bona recepticia).[2])

Bestellung der dos. Die Frau war hierzu nur naturaliter verpflichtet. Rechtlich verpflichtet — gegenüber der Frau — waren der pater (pater familias) und der parens (der Vater als Kognat und die Aszendenten)[3]); diese dos hieß dos profecticia im Gegensatz zur dos adventicia (der von der Frau oder einem Dritten für sie bestellten dos). Die Form der Bestellung war entweder

---

[1]) Als vorausbezahltes Erbteil zur Entschädigung für den Verlust der bisherigen agnatischen Verwandtschaft und damit des Erbrechts durch den Eintritt in die Manus; vgl. Jhering II. S. 104 und Karlowa II. S. 200.

[2]) Nicht zu verwechseln mit dos recepticia.

[3]) Vgl. 5 pr. D. 23,3.

dotis datio (dingliche Übereignung) oder dotis dictio (bloße Zusage, bestritten, ob formelles oder formloses Geschäft)[1]) oder dotis promissio (Stipulation). In der christlichen Kaiserzeit genügte formloses pactum dotis (pactum legitimum).

Über die allgemeine Rechtsstellung des Ehemannes zum Dotalgute sind die mannigfachsten Ansichten aufgestellt worden.[2]) Vorherrschend ist die Ansicht, daß der Ehemann an den Dotalsachen Eigentum erwerbe, bei Verwaltung des Dotalvermögens allerdings der Frau gegenüber für diligentia quam suis hafte und bei Beendung der Ehe zur Restitution der dos verpflichtet sei. Karlowa bezeichnet die dos als Zweckvermögen, universitas. Manche charakterisieren die Rechte des Mannes gegenüber der dos als einen besonders gestalteten, ehemännlichen Nießbrauch.

Der Ehemann hatte grundsätzlich die alleinige Verfügung — nicht bloß Verwaltung — über die Dotalsachen. Dotalgrundstücke durfte er aber weder veräußern noch belasten. Die Nutznießung an der dos gehörte dem Manne. Waren Sachen mit einer Wertschätzung (aestimatio) zur dos gegeben, so galten sie — falls die aestimatio nicht bloß taxationis causa erfolgt war — als verkauft. Nach Auflösung der Ehe war die dos — die einzelnen beweglichen Sachen entweder in natura oder ihr Wert, Ersatz, Grundstücke in natura — zurückzugeben.[3]) Hierauf ging die actio (bonae fidei)[4]) rei uxoriae. Es

[1]) Karlowa II. S. 202 sieht sie auf Grund der Darstellung im westgotischen Gajus als formelles Geschäft an, das auf bestimmte Personen (Frau und Vater) beschränkt war.

[2]) Vgl. Karlowa II. S. 196.

[3]) Die Rückgabe-Verbindlichkeit entwickelte sich allmählich seit Ende der Republik.

[4]) Besonderer Art; es handelte sich in dieser Klage nicht

wurden aber auch Dotalstipulationen zur Sicherung der Rückgabe üblich, auf Grund deren die strikte actio ex stipulatu gegeben war. Justinian verschmolz beide Klagen zu einer actio ex stipulatu, die bonae fidei war (vgl. C. 5,13 de rei uxoriae actione in ex stipulatu actionem transfusa et de natura dotibus praestita). Außerdem hatte die Frau von Justinian zur Sicherung der Rückgabe der dos eine privilegierte, gesetzliche, generelle (Dotal-)Hypothek am Vermögen des Ehemannes erhalten.

Die dos war an denjenigen zurückzugeben, der bei der Bestellung namhaft gemacht war — dos recepticia —. War nichts ausgemacht, dann war sie nach Justinian zurückzugeben an die Frau (wenn sie noch Haustochter war, an den pater) bezw. an ihre Erben — die dos profecticia aber an den Besteller —. Die dos verblieb dem Manne, wenn die Ehe durch Schuld der Frau geschieden wurde.

3. Donatio ante nuptias. Sie bildete sich in der späteren Kaiserzeit vermutlich als eine Art Gegendos von seiten des Mannes für die Frau aus, womit letzterer vom Manne für den Fall von ihm verschuldeter Scheidung eine Vermögenszuwendung — gewissermaßen als Strafe — zugesagt wurde. Justinian gestattete die Vornahme dieses Geschäfts auch nach Eingehung der Ehe und seitdem hieß es donatio propter nuptias.

(Die Brautgeschenke sind auch donationes ante nuptias, aber ohne den besonderen Charakter der hier geschilderten donatio).

4. Schenkungen zwischen Ehegatten waren verboten.[1]) Doch trat Konvalescenz ein, wenn der Schenker

bloß um das aequum et bonum, sondern um das aequius melius, vgl. Karlowa II. S. 221.

[1]) Über die Gründe des Verbots vgl. 1. 3 pr. D. 24,1. Das B.G.B. kennt dieses Verbot nicht, vgl. Motive, Anhang zu den §§ 1353—58.

vor dem anderen Ehegatten starb, ohne widerrufen zu haben. Gültig waren auch donationes mortis causa. Nach der praesumptio Muciana wurde im Zweifel vermutet,[1] daß Erwerb der Frau vom Manne her komme (51 D. 24,1).[2]

5. Res amotae. Wegen Entwendung von Sachen konnten die Ehegatten erst nach Auflösung der Ehe gegen einander vorgehen und dann auch nicht mit der condictio furtiva, sondern mit der weniger anrüchigen actio rerum amotarum.

§ 88. Vermögensrechtliches Verhältnis zwischen dem paterfamilias und den Kindern.

1. Älteres Recht.

Nach r. R. wurde die Geschäftsfähigkeit einer Person dadurch, daß sie alieni iuris war, nicht beeinträchtigt. Sie konnte aber kein selbständiges Vermögen haben. Was sie erwarb, erwarb sie dem Gewalthaber (ohne diesen aber auch zu verpflichten, verpflichtet wurde sie nur selber). Bei dieser Sachlage konnten zwischen dem Gewalthaber und den personae subiecti[3]) keine Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden, keine Obligationen entstehen.

Allmählich traten hierin Änderungen ein und zwar zunächst durch das peculium profecticium.

Unter peculium profecticium[4]) verstand man ein dem Haussohne in seinem Interesse überlassenes Sondergut, dessen Verwaltung ihm aber besonders übertragen werden mußte. Der Vater behielt das

---

[1]) Zu Gunsten der Gläubiger.

[2]) Vgl. B.G.B. 1362.

[3]) Nicht mit Unrecht spricht man hier von einer unitas personarum.

[4]) Dig. 15,1.



Eigentum an den zum peculium gehörigen Sachen, konnte daher das peculium auch jederzeit zurücknehmen. Durch Schulden, die der Haussohn vermöge seiner Verwaltungsbefugnis einging, wurde nicht mehr nur er selber, sondern auch der Hausvater verpflichtet; gegen diesen ging die actio de peculio, eine actio adiecticiae qualitatis, jedoch dumtaxat de peculio (nur bis zum Betrage des peculium). Zwischen Haussohn und Hausherrn konnten nunmehr mit Bezug auf das peculium auch Obligationen entstehen, jedoch nur naturaliter, unklagbar.

Zu Beginn der Kaiserzeit bildete sich das Institut des peculium castrense[1]) aus. Dies war ein wirkliches Sondergut im Eigentum des Haussohns, das sich aus dem Erwerb durch Kriegsdienst bildete. Selbst Verwaltung und Nutznießung hieran stand dem Hausvater nicht zu. Über das peculium castrense konnte der Haussohn auch letztwillig verfügen und Geschäfte mit dem Hausvater und den anderen Hauskindern abschließen.

2. Neueres Recht.

Seit Konstantin (306—37) wurde stufenweise den Hauskindern immer mehr vermögensrechtliche Selbstständigkeit gewährleistet.

Nahe lag es, dem Erwerb durch Kriegsdienst den Erwerb im sonstigen Staatsdienst gleichzustellen (peculium quasi castrense).

Wichtiger war noch, daß die mütterliche Erbschaft (bona materna), später aller von der Mutterseite herrührende Erwerb (bona materni generis), weiter auch der Erwerb aus der Ehe (lucra nuptialia), schließlich durch Justinian aller Erwerb des Haussohns als eigenes Vermögen des Hauskindes anerkannt wurden.[2]) Dieses

---

[1]) Dig. 49,17.

[2]) Vgl. C. 6,60 de bonis maternis et materni generis.

Sondervermögen wurde einheitlich als bona adventicia bezeichnet. An ihnen hatte der Gewalthaber nur Verwaltung und Nutznießung. Selbst dies stand ihm nicht zu an den bona adventicia irregularia;[1]) hierzu gehörten vor allem Zuwendungen von dritter Seite unter Ausschluß von Verwaltung und Nutznießung des Gewalthabers.

Dritter Abschnitt.

Vormundschaft.[2])

§ 89. Allgemeine Übersicht.

Gajus I, 142: Ex his personis quae neque in potestate neque in manu neque in mancipio sunt, quaedam uel in tutela sunt uel in curatione, quaedam neutro iure tenentur.

Die Römer unterschieden zwischen der Tutel über Unmündige (nicht Minderjährige) und Weiber sui iuris und der cura für Geisteskranke, Verschwender, später auch für Minderjährige (cura minorum).[3])

Der Hauptunterschied zwischen Tutel und cura bestand darin, daß die erstere die Sorge für Person und für Sachen (Vermögensverwaltung, gestio) umfaßte, der Schwerpunkt der letzteren in der gestio lag. Der Tutor mußte seine auctoritatis interpositio (förmliche Mitwirkung beim Geschäft des Unmündigen) geben, der curator gab seinen bloßen consensus (Einwilligung oder nachträgliche Genehmigung) zu dem, was der — allerdings nur beschränkt — geschäftsfähige Minderjährige rechtlich getätigt hatte. Dabei muß man bei der cura unterscheiden zwischen der

1) Die anderen hießen dann regularia.

2) Für das ältere Recht vgl. Gajus 1,142—200.

3) Das B.G.B. unterscheidet zwischen Vormundschaft für Minderjährige und für Volljährige und Pflegschaft.

zivilrechtlichen, auf die 12 Tafeln zurückgehenden cura über Geisteskranke und Verschwender[1]) und der von der lex Plaetoria ausgehenden, honorarischen[2]) cura minorum. Später entwickelten sich noch im ius honorarium die cura debilium personarum und cura absentis. Kuratoren konnten auch für einzelne Rechtshandlungen bestellt werden.

Die Tutel war ursprünglich mehr Machtbefugnis, Ersatz der patria potestas bezw. manus.[3]) Sie stand, falls der pater familias kraft seiner potestas nicht einen Tutor (testamentarius) im Testament ernannt hatte, dem nächsten[4]) Agnaten zu. Sie war aber auch ein officium und konnte als dauernde Last bei der Frauen-Tutel in iure zediert werden; pupillorum autem tutelam non est permissum cedere, quia non uideatur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur (Gajus 1,168). In der Kaiserzeit trat die Auffassung der Tutel als Pflicht, munus publicum[5]) in den Vordergrund.

§ 90. Tutela impuberum.

Fähigkeit zur Vormundschaft. Unfähig waren Minderjährige, Taube, Stumme, Soldaten, Bischöfe, Mönche, ursprünglich auch Frauen, die aber später hinter den tutores legitimi vom Prätor zugelassen werden konnten.

Annahme-Pflicht. Wer fähig war, mußte die Vormundschaft übernehmen (munus publicum). Doch gab es gewisse Ablehnungsgründe z. B. Krankheit, Führung mehrerer Vormundschaften (J. 1,25 de excusationibus).

---

[1]) Kuratoren waren auch hier ursprünglich die nächsten Agnaten: cura legitima.

[2]) Vgl. Karlowa II. S. 805.

[3]) Karlowa II. S. 270. Die Bevormundeten waren sui iuris.

[4]) Gajus 1,164.

[5]) pr. J. 1,24.

Berufung (Testament, Gesetz, behördliche B.).

1) In erster Linie war berufen der vom paterfamilias im Testament benannte Tutor (testamentarius).
2) In zweiter Linie waren berufen kraft Gesetzes (tutores legitimi) die nächsten Agnaten, nach Justinian die nächsten Kognaten.
3) Si cui nullus omnino tutor sit, ei datur in urbe Roma ex lege Atilia (188 v. Chr.) a praetore urbano et maiore parte tribunorum plebis, qui Atilianus tutor[1]) uocatur; in provinciis uero a praesidibus prouinciarum ex lege Julia et Titia (Gajus 1,185).

Ende der Tutel. Sie endete mit Tod, capitis deminutio (minima genügte) des Mündels, Erreichung der Mündigkeit.

Führung der Vormundschaft. Der Vormund hatte das Vermögen zu verwalten und den Mündel zu vertreten. Er haftete für diligentia quam suis, war ursprünglich ziemlich selbständig, stand in der Kaiserzeit aber unter Aufsicht der Vormundschaftsbehörde und hatte in bestimmten Fällen deren Genehmigung einzuholen. Nach Beendung der Vormundschaft haftete er mit der infamierenden actio tutelae (directa), der gegenüber er eine actio contraria auf Ersatz von Verwendungen u. s. w. hatte.

Pupillus (der Unmündige) omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, ueluti si obligetur; nam alium sibi obligare (erwerben) etiam sine tutoris auctoritate potest. Idem iuris est in feminis quae in tutela sunt. Sed quod diximus de pupillo, utique de eo uerum est qui iam aliquem intellectum habet; nam

1) Auch tutor dativus.

infans[1]) et qui infanti proximus[2]) est, non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent (Gajus 1,107—109).

§ 91. Tutela mulierum.

Die Frauen waren nach altrömischer Auffassung weder einer patria potestas noch einer manus noch einer tutela fähig, standen vielmehr — wenn sui iuris — selber unter Tutel und zwar lebenslänglich. Ihre Stellung war die eines Unmündigen.[3]) Besonders wichtig war die tutela legitima der Agnaten, die diesen eine Überwachung zur Sicherung ihrer Erbrechte gegenüber der Frau gab. Die Agnaten-Tutel trat mit Hervortreten des kognatischen Verwandtschafts-(Beerbungs-)Prinzips zurück. Die Frauentutel überhaupt war schon gegen Ende der Republik von geringer Bedeutung. Die auctoritatis interpositio wurde zum Scheinakte, der Tutor oft vom Prätor wider seinen Willen gezwungen seine auctoritas zu erteilen; der Agnaten-Tutel entledigten sich die Frauen durch die coemtio tutelae evitandae causa (Gajus 1,115), wodurch sie sich einen gefügigen Vormund (tutor fiduciarius) verschafften, für den abwesenden Tutor konnten sie sich einen anderen erbitten, nec interest quam longe aberit is tutor (Gajus 1,178), nach der lex Julia et Papia Poppaea (4—9 n. Chr.) wurden die Frauen mit 3 bezw. 4 Kindern tutelfrei (Gajus 1,194), die Agnaten-

1) Kinder bis zu 7 Jahren.

2) Die Einteilung der über 7 Jahre alten Unmündigen (infantia maiores) in impuberes infantiae proximi und pubertati proximi beruht auf keinem bestimmten Alter und soll nur für die Deliktsfähigkeit Bedeutung gehabt haben.

3) Mulieres autem quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant (Gajus 1,190).

Tutel wurde durch die lex Claudia (50 n. Chr.) aufgehoben, die Mutter konnte schon frühzeitig selber auf Ansuchen als Vormund ihrer Kinder bestellt werden (vgl. l. 18 D. tutelis 26,1 von Neratius), etwa seit dem 4. Jahrhundert kam die tutela mulierum ganz ab.

§ 92. Cura minorum.

Diese cura wird gewöhnlich auf die lex Plaetoria zurückgeführt. Ihre Ausbildung erfolgte durch den Prätor. Der minor XXV annis bedurfte zu gewissen Rechtshandlungen des Beistandes eines Kurators. Handelte der Minderjährige ohne diese Zustimmung, so lief sein Vertragsgenosse Gefahr, daß der Minderjährige vom Prätor in integrum restitutio gegen den Geschäftsabschluß erlangte. Dieser indirekte Zwang erwies sich wirksam genug, um den Minderjährigen zur allgemeinen Erbittung eines dauernden curator (seit Marc Aurel?) zu veranlassen. Trotz des Kurators blieb aber der Minderjährige noch voll geschäftsfähig. Er konnte heiraten; testieren, erwerben, veräußern, sich verpflichten, wie er wollte. Erst in der späteren Kaiserzeit wurden unter Kuratel stehende Minderjährige in der Geschäftsfähigkeit den prodigi gleichgestellt, nur daß sie auch testieren konnten. Sie konnten also nur ohne den curator erwerben, sich aber nicht ohne ihn verpflichten.[1])

[1]) Also auch wie der infantia maior, der aber ebensowenig wie der prodigus Testierfähigkeit hatte.

5. Buch.

Erbrecht.

Erster Abschnitt.

§ 93. Allgemeine Lehren.

Man unterscheidet Erbrecht im objektiven Sinne (Recht der Beerbung) und Erbrecht im subjektiven Sinne (Recht zu erben).

Hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit (62 D. 50,17). Zu unterscheiden hiervon ist die erbrechtliche Erlangung einzelner Sachen im Wege der Singular-Succession durch Vermächtnisse.

Hereditas bezeichnet nicht bloß die Nachfolge, sondern auch den Nachlaß, der Verstorbene ist der Erblasser, heres ist der Erbe. Er setzt gewissermaßen die Persönlichkeit des Erblassers fort.

Berufung (delatio) und Erwerb (adquisitio) der Erbschaft. Die Succession (Erbfolge) trat erst mit dem Erwerb der Erbschaft ein,[1]) dieser setzte Berufung, d. i. rechtliche Befugnis zum Erwerbe voraus. Berufung und Erwerb fielen nur bei den heredes necessarii[2]) zusammen. Berufung konnte übereinstimmend mit B.G.B. erst mit dem Tode des Erblassers (Erbfall) eintreten: viventis nulla hereditas. Berufungsgründe waren nach r. R. Testament (heres ex testamento, secundum tabulas) und subsidiär Gesetz (heres ab intestato, hereditas legitima.[3])

---

[1]) Nach B.G.B. § 1922 tritt Erbfolge unmittelbar mit dem Tode des Erblassers (Erbfall) ein; vgl. auch § 1942.

[2]) Hauskinder.

[3]) Gajus 2,99. Dem B.G.B. ist außerdem Erbvertrag als Berufungsgrund bekannt, vgl. §§ 2274 ff.

Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest[1]) (außer dem miles, vgl. 7 D. 50,17 und 6 D. 29,1), d. h. wenn nur über einen Teil des Nachlasses testiert war, dann fiel der andere Teil nicht an die Intestat-, sondern an die Testamentserben, da sich die beiden Berufungsgründe ausschlossen.[2]) In gewissen Fällen trat aber eine gesetzliche Erbfolge gegen das Testament ein: successio contra tabulas, z. B. bei Übergehung von Noterben.

Hereditas iacens hieß der Nachlaß zwischen Tod des Erblassers und Erwerb der Erbschaft. Sie war ursprünglich herrenloses Gut, wurde aber später als quasi juristische Person aufgefaßt; hereditas personam defuncti sustinet (34 D. 41,1), sie konnte sich vermehren und vermindern (179,1 D. 50,16). Der Erwerb des Erben wurde später auch auf den Erbfall (Tod) zurückbezogen (heres quandoque adeundo hereditatem iam tunc a morte successisse defuncto intellegitur, 54 D. 29,2) und damit eine Kontinuität der Beerbung geschaffen.

Pro herede usucapio. Im ältesten Rechte konnte durch einjährigen Besitz des Nachlasses die hereditas selber usukapiert werden,[3]) so daß der Usukapient als Erbe — besonders gegenüber den Gläubigern — galt. Später entwickelte sich hieraus die Ersitzung einzelner Nachlaßsachen. Der gesetzgeberische Grund hierfür war nach Gajus 2,55, quod uoluerunt ueteres

---

1) Ihering III. S. 149 führt die Entstehung dieses Satzes auf das testamentum calatis comitiis zurück. „Mittelst seiner war dafür gesorgt, daß ein Testator, der das Volk betrügen wollte, sich selber betrog."

2) Anders B.G.B. 2088.

3) Eine besondere Art der Ersitzung.

maturius hereditates adiri, ut essent qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa obseruatio fuit, et ut creditores haberent, a quo suum consequerentur.

Diese Usukapion erschien mit der Zeit als improba[1]) und wurde zu Anfang der Kaiserzeit gegenüber Erben wirkungslos. Entwendung von Erbschaftssachen wurde als crimen expilatae hereditatis bestraft (hier nicht actio furti).

Die gewöhnliche Ersitzung war natürlich auch gegenüber Erbschaftssachen gegeben.

Bonorum Possessio und hereditas. Neben das zivile Erbfolgesystem der hereditas trat im Laufe der Zeit die honorarische bonorum possessio. Unter der — sehr umstrittenen — bonorum possessio ist zu verstehen prätorische Regulierung der Erbfolge mittels Zuerteilung des Erbschaftsbesitzes, ursprünglich jedenfalls iuris — civilis — adiuvandi gratia, dann auch supplendi, endlich unter Einführung des kognatischen Verwandtschaftsprinzips in die Erbfolgeordnung corrigendi gratia. Der Prätor erteilte ursprünglich die bonorum possessio (als decretalis) auf Antrag (agnitio) nach Prüfung des einzelnen Falles. Allmählich bildeten sich im Edikte feste Grundsätze, in welcher Reihenfolge bonorum possessio zu gewähren sei und es bedurfte dann nur einfacher Antrittserklärung des Nachsuchenden und allgemeiner Bescheinigung seines Rechts, um ihm die bonorum possessio (edictalis) zu gewähren.

Der bonorum possessor war nicht heres, sondern nur heredis loco, denn quos praetor vocat ad hereditatem, hi heredes ipso quidem iure non fiunt: nam praetor heredes facere non potest: sed cum eis praetor dat bonorum possessionem, loco heredum

---

1) Gajus 2,55.

constituuntur (Gajus 3,82). Er hatte die erbschaftlichen Klagen als fictitiae actiones. Zur Erlangung des Besitzes diente ihm das interdictum quorum bonorum. Der bonorum possessor mußte dem Zivilerben nur dann weichen (die bonorum possessio war dann sine re), wenn dieser in die prätorische Erbfolgeordnung vor ihm aufgenommen war.

Hereditas und bonorum possessio liefen bis zu Justinian nebeneinander her. Dieser erst verschmolz sie in den Novellen 115 und 118 zu einer einheitlichen Erbfolgeordnung.

Zweiter Abschnitt.

Delation der Erbschaft.

§ 94. Testamentarische Erbfolge.

Testament ist einseitige letztwillige Verfügung. Ganz wesentlich zum Begriff des Testaments gehörte nach r. R. eine Erbeseinsetzung. Der Begriff des Testaments nach B.G.B. 1939 ist ein weiterer, da darnach auch bloße Zuwendung eines Vermächtnisses Testament ist.

Zur Gültigkeit eines Testaments gehören: a) Fähigkeit des Erblassers zur Testamentserrichtung (Testierfähigkeit), b) Innehaltung der gehörigen Form.

a) Die Testierfähigkeit (testamenti factio activa[1]) setzte voraus commercium, selbständige Vermögensfähigkeit, die z. B. ein Hauskind nur bezüglich peculium castrense und quasi castrense hatte, bestimmtes Alter (Mündigkeit, Unmündige konnten nicht

[1]) Im Gegensatz zur testamenti factio passiva, Fähigkeit, im Testament bedacht zu werden.

testieren), Geschäftsfähigkeit (Geisteskranke und Verschwender konnten nicht testieren).

Die Frauen — soweit sie überhaupt sui iuris waren — hatten ursprünglich, wie sie unter Vormundschaft standen, auch keine Testierfähigkeit. Anders die libertae.[1]) Die Frau sui iuris ließ sich also zu einer liberta im Wege einer coemtio fiduciaria testamenti faciendi gratia machen (Gajus 1,115a). Hadrian (117—38) beseitigte diesen lästigen Zwang (hanc necessitatem), d. h. er gab den Frauen sui iuris ingenuae Testierfähigkeit, allerdings nur tutore auctore, d. h. der Vormund mußte mit seiner auctoritatis interpositio mitwirken (Gajus 2,112).

b) Formen des Testaments.

In ältester Zeit gab es zwei Arten, das testamentum calatis comitiis (vor den Kuriatkomitien, die Dispensation von der gesetzlichen Erbfolge erteilten)[2]) und das testamentum in procinctu[3]) (vor dem im Felde stehenden Volk).[4])

Als Ergänzung führten die 12 Tafeln das bald vorwiegende testamentum per aes et libram, das Manzipationstestament ein.[5]) Der Testator manzipierte fiduziarisch seine familia pecuniaque dem heres als familiae emptor. Familiae emptor war später nicht der heres, sondern ein anderer dicis gratia, der in Wahrheit die Eigenschaft einer bloßen Sollennitätsperson

---

[1]) Vgl. hierüber Karlowa II. S. 858 f. Zum Testament der liberta mußte der Patron seine auctoritatis interpositio geben, was ihm seine Erbansprüche sicherte.

[2]) Vgl. Jhering I. S. 145.

[3]) Procinctus est expeditus et armatus exercitus, Gajus 2,101.

[4]) Vgl. Jhering II. S. 101.

[5]) Gajus 2,104.

hatte.[1]) Der Schwerpunkt des Manzipationsgeschäfts fiel nunmehr in eine Nunkupation, mit welcher der Testator auf die seinen letzten Willen enthaltenden tabulae hinwies. Es waren hier in Wirklichkeit 7 Sollennitätszeugen, die 5 Manzipationszeugen, der libripens und der emptor.

Im Anschluß hieran gab das prätorische Edikt die bonorum possessio (secundum tabulas) dem in einem schriftlichen, von 7 Zeugen besiegelten Testamente eingesetzten Erben ohne Rücksicht darauf, ob die Manzipationsförmlichkeiten beobachtet waren. Nachdem durch Antoninus Pius (138—161) dem bonorum possessor trotz Formmangels des Testaments gegen den Intestaterben die exceptio doli gegeben war (Gajus 2,120), trat das Manzipatians-Testament ganz zurück und wurde durch Theodosius II. 439 n. Chr. beseitigt.

Formen des Justinianischen Rechts:

A. Privattestamente:

1) testamentum nuncupativum, mündlich vor 7 Zeugen uno actu,
2) testamentum scriptum, das der Testator vor 7 Zeugen als seinen letzten Willen erklärt und mit diesen unterschreibt.

B. Öffentliche Testamente ohne besondere Form:

1) testamentum apud acta conditum (zu gerichtlichem Protokolle),
2) testamentum iudici oblatum (in gerichtliche Verwahrung gegeben),
3) testamentum principi oblatum.

C. Privilegierte Testamente:

1) testamentum militum, während des Feldzuges, jede Form genügte. Hier galt nicht: semel

[1]) Gajus 2,103.

heres semper heres, nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, nemo cum pluribus testamentis decedere potest,

2) testamentum pestis tempore conditum, unitas actus war hier nicht notwendig,
3) testamentum ruri conditum, es genügen im Notfalle 5 Zeugen, selbst wenn sie nicht schreiben können,
4) test. parentum inter liberos,[1]) für den Fall, daß nur Deszendenten als Erben eingesetzt wurden, genügte eigenhändige Niederschrift.

Inhalt des Testaments.

a) Erbeinsetzung.

Inutile est testamentum, in quo nemo recto iure heres instituitur (Gajus 2,248) und zwar ursprünglich in sollenner Form (verba imperativa): Titius Heres Esto (Gajus 2,117). Codicillis nemo heres institui potest neque exheredari (Gajus 2,278). Der Eingesetzte muß erbfähig (zu unterscheiden von Erwerbsfähigkeit = Kapazität und von Erbunwürdigkeit = Indignität) sein, testamenti factio passiva haben. Sie ging ab demjenigen, der nicht commercium hatte,[2]) infolge der lex Voconia (169 v. Chr.) ging sie teilweise den Frauen ab (vgl. Gajus 2,274), sie ging vor allem ab incertae personae. Hierzu rechneten juristische Personen außer den privilegierten (Staat, Kirche) und ursprünglich auch der postumus (nach Testamentserrichtung Geborener). Daher rumpierte der postumus suus als

---

[1]) Zu unterscheiden von der divisio parentum inter liberos, welche es bei der Intestaterbfolge beließ und nur die Art der Teilung bestimmte.

[2]) Sklaven wurden zuweilen unter Freilassung als Erben eingesetzt, um im Falle zu befürchtenden Nachlaß-Konkurses die ignominia auf sie abzuwälzen, Gajus 2,154.

nicht eingesetzter suus ursprünglich das Testament.[1]) Zur Vermeidung hiervon konnten schon nach älterem Zivilrecht die nach dem Tode des Erblassers geborenen postumi sui instituiert bezw. exheredidiert werden, später auch die nach dem Tode des Erblassers geborenen Kinder eines vorverstorbenen Hauskindes (postumi Aquiliani nach Aquilius Gallus), weiter die noch bei Lebzeiten, aber nach der Testamentserrichtung Geborenen (postumi Velleiani nach der lex Junia Velleia aus Anfang der Kaiserzeit), endlich nach Justinian alle incertae personae.

Die Erbfähigkeit mußte im übrigen vorhanden sein zur Zeit der Einsetzung, zur Zeit der Berufung (in der Regel Tod des Erblassers) und in der Zeit zwischen Berufung und Erwerb der Erbschaft. Heute genügt Erbfähigkeit zur Zeit des Erbfalls.

Der Erblasser konnte einen Erben auf das Ganze, oder mehrere Erben auf Bruchteile, nicht aber auf einzelne Sachen (certa res) einsetzen. Doch wurde der auf certa res eingesetzte Erbe als Erbe detracta rei certae mentione behandelt, der aber den sonstigen Nachlaß als Vermächtnis herauszugeben hatte (an die Intestaterben oder Miterben), die certa res gewissermaßen als Prälegat behielt.[2])

Die Erbeinsetzung konnte von Nebenbestimmungen nur eine Suspensiv-Bedingung aufnehmen. Im übrigen galt: Semel heres semper heres. Der bedingt Eingesetzte erlangte bei Kautionsstellung durch missio in bona provisorischen Erbschaftsbesitz. War er unter negativer Potestativbedingung (wenn er dies nicht tut) eingesetzt, dann wurde er sogar gegen Stellung einer

[1]) Gajus 2,123.

[2]) Vgl. 85 pr. 1 D. de her. inst, 28,5. Anders B.G.B. 2087,2.



Kaution (cautio Muciana)[1]) zum definitiven Erbschaftserwerbe zugelassen.[2])

b. Substitutionen.

Der Erblasser konnte für den Fall, daß der an erster Stelle eingesetzte Erbe nicht Erbe wurde, einen Eventual-, Ersatzerben[3]) substituieren (substitutio vulgaris). Trat der institutus die Erbschaft an, dann war die Substitution belanglos. Substitutus substituto est substitutus instituto.

Im Zusammenhang mit dieser Vulgar-Substitution war die testamentarische Bestimmung einer formellen Erbschaftsantretung (cretio) innerhalb 100 Tagen besonders häufig. Sie wurde 407 n. Chr. unter den Kaisern Arkadius und Honorius beseitigt (17 C. 6,30).

In einem bestimmten Falle war es auch zulässig, entgegen dem Satze semel heres semper heres jemanden als Erben (Nacherben) zu benennen für den Fall, daß ein Anderer Erbe gewesen ist. Der paterfamilias konnte nämlich seinem unmündigen Hauskinde für den Fall einen Nacherben ernennen, daß es während der Unmündigkeit nach ihm verstürbe (Pupillar-Substitution). Dies wurde später in ähnlichen Fällen, z. B. bei Geisteskrankheit per rescriptum principis und von Justinian allgemein — ohne besonderes Reskript — zugelassen (Quaipupillar-Substitution, substitutio Justinianea).

Die Einsetzung als Nacherbe enthielt im Zweifel auch die Einsetzung als Ersatzerbe[4]) (duplex substitutio, 4 pr. D. de vulg. et pup. subst. 28,6).

---

[1]) Nach Qu. Mucius Scävola.

[2]) Anders geht vor B.G.B. 2075.

[3]) 36 D. 28,6. Vgl. auch B.G.B. 2096. 2099.

[4]) So auch B.G.B. 2102,1.

Im übrigen war die Einsetzung eines Nacherben (fideikommissarische Substitution) dem r. R. als Verstoß gegen den Satz: semel heres semper heres nicht bekannt. Der Wirkung nach erreichte man aber dasselbe durch die Ausbildung des Universal-Fideikommisses; der Universal-Fideikommissar war zwar nicht unmittelbar rechtlich, aber faktisch Nacherbe. Näheres unter Universalfideikommiß.

c. Ungültigkeit des Testaments.

Abgesehen davon, daß ein Testament durch den Testator ungültig gemacht wurde (durch Zerstörung des Testaments, Durchstreichung der Erbeinsetzung, nicht durch formlosen Widerruf) konnte es auf verschiedene Weise ungültig werden. Man unterschied unter den ungültigen Testamenten:

testamentum nullum (injustum), von vornherein nichtig, z. B. wenn die gehörige Form nicht beobachtet war, wenn der Inhalt injustum war (keine Erbeinsetzung), wenn der Testator keine Testierfähigkeit hatte, wenn ein suus heres übergangen (weder instituiert noch nominatim exherediert) war;

testamentum irritum, wenn der Testator die Testierfähigkeit nicht bis zu seinem Tode behalten hatte, besonders bei capitis deminutio (Gajus 2,145);

testamentum ruptum, z. B. durch Errichtung eines neuen Testaments (nemo pluribus testamentis decedere potest), durch agnatio (Zugeburt) postumi;

testamentum rescissum, angefochten auf Grund des Pflichtteilrechts mit der querela inofficiosi testamenti;

testamentum destitutum durch Wegfall sämtlicher eingesetzter Erben.

Über Einschränkungen der Ungültigkeit vgl. Gajus 2,147 ff.

§ 95. Intestat-Erbfolge.

Sie tritt ein, falls kein Testament vorhanden ist.

A. Die Erbfolge-Ordnung der 12 Tafeln, legitima hereditas, war bei Freigeborenen folgende:

1. sui,[1]) d. i. liberi, qui in potestate morientis fuerunt . . . nec interest, utrum naturales sint liberi an adoptivi, aber nicht emanzipierte Kinder, andererseits auch nicht Kinder eines noch lebenden Haussohnes, wiewohl sie mit ihrem Vater — aber mittelbar — in derselben patria potestas waren. Hierher gehörte auch die uxor in manu. Auf die Nähe des Grades kam es nicht an:[2]) z. B. Enkel erbten neben Kindern, es fand aber Beerbung nach Stämmen (in stirpes)[3]) statt, d. h. Enkel erhielten zusammen nur die Erbportion ihres vorverstorbenen Vaters (Repräsentation). Numquam feminae suum heredem habere possunt.[4])

2. Der dem Grade nach nächste Agnat (proximus), in erster Linie also der Vater,[5]) dann die Mutter,

---

1) Gajus 3,2, 3.

2) Gajus 3,7.

3) Gajus 3,8.

4) Gajus 3,51.

5) Aber nur als parens manumissor des emanzipierten Sohnes — wie der Patron gegenüber dem Freigelassenen —, denn als Haussohn hatte derselbe ja kein selbständiges Vermögen und daher nichts zu vererben.

falls sie in manu mariti gewesen war, und die Brüder und sorores consanguineae, denn die Mutter war diesen wie dem verstorbenen Sohne gegenüber quasi soror consanguinea (Gajus 3,24) — nur feminae agnatae consanguineae erbten nach Gajus 3,28. Schlug der proximus agnatus aus, so kam nicht der weitere Grad zur Beerbung, sondern die Erbschaft wurde erbenlos und die Erbschaftssachen konnten als herrenlos okkupiert werden (keine successio graduum).[1])

3. In Ermangelung von Agnaten fiel die Erbschaft an die gens.[2])

Der nächste Agnat bezw. die gens kamen nur zur Erbfolge, wenn ein suus bezw. nächster Agnat überhaupt nicht vorhanden war, nicht schon, wenn solche vorhanden waren, die Erbschaft aber ausgeschlagen hatten (keine successio ordinum). In legitimis hereditatibus successio non est.

B. Die prätorische Erbfolge auf Grund der bonorum possessio.

Über die Mängel der hereditas legitima äußert sich Gajus 3,18—24. Zu ihnen gehörte vor allem das Fehlen einer successio ordinum et graduum und die grundsätzliche Nichtbeachtung der Blutsverwandtschaft, die sich in einer Zurückstellung der emanzipierten Kinder und der Frauen äußerte.

Hae iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt.[3]) Über die Entwickelung im einzelnen ist uns wenig bekannt. Die prätorische Erbfolge-Ordnung war:

---

[1]) Gajus 3,12.

[2]) Gajus 3,17.

[3]) Gajus 3,25.

1. Klasse. Unde liberi, ohne Rücksicht auf den Grad, mit Repräsentationsrecht, auch die emanzipierten Kinder, diese hatten aber aus Billigkeitsgründen den seit der Emanzipation gemachten Erwerb, der ohne sie dem Hausvater zugefallen wäre, in die Erbmasse einzuwerfen, zu konferieren (Kollation). Die Tochter mußte, wenn sie miterben wollte, die als vorausbezahltes Erbgut erhaltene dos konferieren. Es handelte sich in dieser Klasse nur um das Verhältnis der liberi zum Vater, nicht auch zur Mutter.

2. Klasse. Unde legitimi, d. i. die Erben nach ius civile der 12 Tafeln.

3. Klasse. Unde cognati, die Blutsverwandten, z. B. auch Tochterkinder, Mutter[1]) und Kinder, natürlich auch die blutsverwandten Agnaten (per virilem sexum, nicht auch Adoptierte, die zu den liberi gehörten). Blutsverwandte wurden aber nur bis zum 6. (7.) Grade berücksichtigt. Es fand successio graduum statt.

4. Klasse. Unde vir et uxor, d. i. der überlebende Ehegatte.

Es fand successio ordinum statt.

C. Die weitere Entwickelung bis zu Justinian.

1. Durch das Sct. Tertullianum unter Hadrian (117—138) erhielt die Mutter als solche — ohne daß sie in manu war — ein Erbrecht gegenüber den Kindern nicht erst in der Klasse unde cognati, sondern schon in der Klasse unde legitimi. Voraussetzung war, daß sie das ius liberorum hatte. Sie erbte in dieser Klasse

[1]) Wenn sie nicht in manu war, in welchem Falle Beerbung in der 2. Klasse stattfand (Gajus 3,24).

aber erst hinter dem Vater (als parens manumissor) und hinter dem frater consanguineus, jedoch neben der soror consanguinea.[1])

2. Umgekehrt wurde die Mutter, auch wenn sie in manu mariti war, von ihren Kindern als solchen nach Zivilrecht nicht beerbt, denn feminae suum heredem habere non possunt, liberos in potestate non habent.[2]) Die Kinder erbten bei Manusehe nur als Agnaten. Nach prätorischem Rechte beerbten die Kinder als solche ihre Mutter erst in der Klasse unde cognati. Das Sct. Orphitianum unter Marc Aurel (161—180) gab nun den Kindern gegenüber der Mutter auf Grund der Blutsverwandtschaft ein Intestaterbrecht vor allen Agnaten, eine legitima hereditas kraft Kognation.[3])

3. In der späteren Kaiserzeit erfolgten weitere Neuerungen, z. B. wurde das ius liberorum zwar aufgehoben, das Erbrecht der Mutter blieb aber, Konkubinenkinder (liberi naturales) erhielten ein beschränktes Erbrecht gegenüber dem Erzeuger, ebenso erhielt die „arme Witwe" ein Erbrecht gegenüber dem Manne.

D. Die Justinianische Erbfolgeordnung.

Sie wurde geschaffen durch die Novellen 118 (543 n. Chr.) und 127. Es bestand in ihren 4 Klassen durchgängig successio ordinum et graduum.

1. Klasse. Deszendenten ohne Rücksicht auf Gradesnähe, jedoch mit Beerbung in stirpes (kraft des ius repraesentationis eines vorverstorbenen Deszendenten durch seine Nachkommen). Auch Adoptierte erben hier, sie erben aber auch in ihrer angestammten Familie, wie

---

1) Ulpiani Fragmenta XXVI. 8.

2) Gajus 3,51, 2,161.

3) Ulp. Fragm. XXVI. 7.

umgekehrt diese sie beerbte, neben dem Adoptivvater. Letzterer hatte jedoch seinerseits bei der adoptio minus plena kein Erbrecht.

2. Klasse. Die „nächsten" Aszendenten, vollbürtige Geschwister und Kinder verstorbener Geschwister.

Gleich nahe Aszendenten teilten in lineas; hinterließ z. B. A seinen Vater B und seine Großeltern von Mutterseite C und D, so erhielt B die eine Hälfte, C und D die andere, also jeder $^1/_4$.

Erbten Geschwister allein oder neben Aszendenten, so wurde in capita geteilt, Geschwisterkinder neben Geschwistern erbten in stirpes.[1]) Hinterließ z. B. A neben B, C und D einen Bruder E und die Söhne F und G einer vorverstorbenen Schwester, also seine Neffen, dann erhielten B, C, D und E je $^1/_5$, F und G je $^1/_{10}$.

3. Klasse. Halbbürtige Geschwister und Kinder vorverstorbener Halbgeschwister.

4. Klasse. Die übrigen Verwandten nach der Gradesnähe.

5. Klasse. Der Ehegatte nach dem prätorischen Edikte unde vir et uxor.

Mit allen Klassen konkurrierte die „arme Witwe", die neben eigenen Kindern nur den Nießbrauch am Nachlasse, neben anderen Erben einen Kopfteil, höchstens aber $^1/_4$ erhielt.

Konkubinen-Kinder beerbten den natürlichen Vater, wenn keine ehelichen Kinder und keine Ehefrau vorhanden waren, mit der Beschränkung auf $^1/_6$ des Nachlasses.

Der rechtswidrig emanzipierte, unmündig Arrogierte hatte Anspruch auf $^1/_4$ des Nachlasses des Arro-

---

[1]) Geschwisterkinder allein erbten nach Akkursius ebenfalls in stirpes, nach Azo aber in capita. So auch R. A. von Speier, 1529. Anders wieder B.G.B. 1925 in Verbindung mit 1924 Abs. 3 und 4.

gierenden als Entschädigung für das ihm entgangene Erbrecht[1]) (Quarta Divi Pii).

War weder ein Testaments- noch subsidiär ein Intestaterbe vorhanden, dann fielen die bona vacantia schon nach der lex Julia et Papia Poppaea an den Fiskus, ob als Okkupanten oder Erben, ist bestritten. Für Schulden haftete er nur bis zum Betrage der Masse.[2]) In gewissen Fällen hatten andere vor dem Fiskus ein Anrecht auf die bona vacantia. Der wichtigste Fall ist der Übergang des Vermögens eines erbenlosen decurio an die curia, eine in den Städten außer Rom bestehende, kommunale Korporation zu Staatssteuerzwecken, die für das Aufkommen der Steuern verantwortlich war.

§ 96. Erbfolge gegen ein Testament.

A. Noterbenrecht (formelles).

1. Sui quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt et vivo quoque parente quodammodo domini existimantur . . . necessarii ideo dicuntur quia omni modo sive velint sive nolint tam ab intestato quam ex testamento heredes fiunt (Gajus 2,157).

Bei dieser Sachlage bildete sich der Satz — wohl erst mit beginnender Lockerung der Familienverhältnisse[3]) —, daß sui heredes, wenn ihnen schon der Erblasser nichts zukommen lassen wollte, nicht mit Stillschweigen im Testament präteriert werden dürften, vielmehr entweder einzusetzen oder zu enterben seien und zwar der filiusfamilias nominatim[4]) (mit Namensnennung). Die

---

[1]) 8 J. 1,11.

[2]) 11 D. de iure fisci 49,14.

[3]) Karlowa II. S. 888. [4]) Gajus 2,123.

übrigen sui konnten ohne Namensnennung exherediert werden (Gajus 2,128). Nach Justinian waren alle sui nominatim zu enterben. Wurde ein suus im Testamente übergangen, dann war es nach Zivilrecht nichtig.

Der Prätor erstreckte diese Bestimmungen auf alle liberi und gab auf Antrag die bonorum possessio contra tabulas. Diese verschaffte dem Präterierten seine volle Intestatportion, ohne das Testament nichtig zu machen, vielmehr blieben Enterbungen und beschränkt Erbeinsetzungen und Vermächtnisse u. s. w. bestehen.

B. Pflichtteilsrecht (materielles Noterbenrecht).

Aus dem Noterbenrechte, aber neben ihm entwickelte sich das Pflichtteilsrecht und zwar in der — erst gegen Ende der Republik beginnenden — Praxis des für Erbschaftssachen zuständigen Zentumviralgerichts.

Gewisse Personen sollten auf jeden Fall etwas erhalten, wenn nicht gerechter Grund zur Enterbung vorlag.[1]) Dies waren Deszendenten und, wenn solche nicht vorhanden waren, Aszendenten, Geschwister nur dann, wenn ihnen eine persona turpis vorgezogen war (so seit Konstantin).

Der Testator brauchte diesen Pflichtteilsberechtigten natürlich nicht ihren ganzen Intestat-Erbteil hinterlassen, denn dann wäre ja seine Testier-Freiheit ganz beseitigt gewesen. Die Pflichtteilsberechtigten hatten vielmehr nach dem Vorbilde der quarta Falcidia nur $^1/_4$ der Intestatportion als portio legitima zu fordern; dieser Bruchteil wurde von Justinian in Novelle 18 erhöht auf $^1/_3$ bei vier oder weniger Intestaterben und auf $^1/_2$ bei mehr als vier.

---

[1]) Abgesehen hiervon anerkannte man auch eine exheredatio bona mente, z. B. bei Überschuldung des Pflichtteilsberechtigten, um ihm auf andere Weise die Vorteile aus der Erbschaft zu erhalten.

War der Pflichtteilsberechtigte ganz übergangen, dann hatte er die höchst subsidiäre (z. B. bei Möglichkeit der bonorum possessio contra tabulas nicht anwendbare) querela inofficiosi testamenti,[1]) mit welcher er das Testament gleichsam wegen color insaniae des Erblassers (pr. J. 2,18) rumpierte, aber nur soweit, als erforderlich war, um dem Pflichtteilsberechtigten seine volle Intestat-Erbportion zu verschaffen. Es war hier also die Möglichkeit einer Ausnahme von dem Satze, nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, gegeben.

War der Pflichtteilsberechtigte nicht ganz übergangen, hatte er aber nicht seinen vollen Pflichtteil erhalten, dann konnte er mit der actio suppletoria auf Ergänzung des Pflichtteils klagen, ohne daß dadurch der Bestand des Testaments gefährdet wurde.

Es genügte — wenigstens später — Zuwendung des Pflichtteils in jeder beliebigen Weise, nicht bloß als Erbeinsetzung.

C. Das Noterben- und Pflichteilsrecht der Novelle 115.

Justinian verschmolz das Noterben- und das Pflichtteilsrecht in der Novelle 115 v. J. 542 n. Chr., aber in unvollkommener Weise, ohne das Verhältnis zum bisherigen Rechte klar festzustellen.[2])

Aszendenten und Deszendenten mußten einander zu Erben einsetzen — andere Vermachung des Pflichtteils genügte nicht mehr — oder ausdrücklich enterben.

---

[1]) Sie war gegen die Testamentserben zu richten.

[2]) Daher herrschte Streit, ob das alte Recht aufgehoben sei, (Derogationssystem) oder neben dem neuen — soweit möglich — gelte (Additionalsystem).

Letzteres war aber nur noch aus bestimmten Gründen, z. B. Nachstellung nach dem Leben u. s. w. zulässig.

Hinsichtlich der Geschwister war in der Novelle nichts erwähnt; es blieb also hier nach dem Additional-system beim bisherigen Rechte.

Waren die Pflichterben eingesetzt, aber auf weniger als den Pflichtteil, dann konnten sie auf Ergänzung klagen.

Über die Wirkung vollständiger Übergehung bezw. ungerechtfertigter Enterbung herrschte im gemeinen Rechte Streit. Nach den einen trat Nichtigkeit des Testaments ein (Nullitäts-System),[1]) nach den anderen war nur Anfechtbarkeit mit der querela inofficiosi testamenti gegeben (Inoffiziositäts-System), daneben gab es ein gemischtes System.

Dritter Abschnitt.

§ 97. Erwerb der Erbschaft und Schutz des Erbrechts.

Art und Form des Erwerbs.

Von selbst, sive velint sive nolint, ging — wie heute nach B.G.B. überall — die Erbschaft über auf die heredes necessarii. Hierzu gehörten:

1) die Hauskinder, sui et necessarii (Gajus 2,156),
2) servus cum libertate heres institutus (Gajus 2,158).

Ersteren gewährte aber der Prätor — wichtig bei überschuldetem Nachlaß — die potestas abstinendi[2])

[1]) Die Nichtigkeit sollte mit hereditatis petitio ab intestato geltend gemacht werden.

[2]) Verwirkt wurde sie durch pro herede gestio (Gajus 2,163).

(Gajus eod. 158), nicht jedoch letzteren, da diese gerade zu Erben eingesetzt wurden, um auf sie die ignominia des Nachlaß-Konkurses abzuwälzen (Gajus 2,164).

Man sagt in Anbetracht dieser Sachlage, daß bei den necessarii heredes Delation (Berufung) und Erwerb der Erbschaft zusammenfielen.

Anders war dies bei den heredes extranei (voluntarii). Hierher gehörte z. B. der emanzipierte Sohn. Berufen waren sie mit dem Tode des Erblassers. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas data est de adeunda hereditate uel non adeunda.[1]) Die aditio (Erwerb) konnte ausdrücklich oder stillschweigend durch konkludente Handlungen (pro herede gestio) erfolgen. Die pro herede gestio hatte diese Wirkungen nicht, wenn — wie bei Substitutionen meist — eine cretio, id est finis deliberandi ut intra certum tempus vel adeant hereditatem vel si non adeant temporis fine summoveantur,[2]) bestimmt war[3]) und der Eingesetzte non cernit, d. h. ausdrücklich ausschlägt.[4])

Abgesehen hiervon war die Antretung an keine Frist gebunden, außer wenn auf Antrag von Erbschaftsgläubigern der Prätor eine Deliberationsfrist setzte, die nach Justinian ein Jahr nicht übersteigen durfte (beneficium deliberandi).[5])

Antretung und Ausschlagung (repudiatio) setzten voraus Gewißheit von der Delation und ihrem Grunde,

---

1) Gajus 2,162.

2) Gajus 2,164.

3) Gajus 2,176. Die Kretionsfrist betrug gewöhnlich 100 dies utiles.

4) Gajus 2,168.

5) Gajus 2,167.

Verpflichtungsfähigkeit des Antretenden bezw. Zustimmung des Vaters oder Vormundes (dies durch Justinian beseitigt). Teilweise Antretung war ausgeschlossen.[1]) Wer Erbeinsetzung annahm, nahm auch Substitutionen an.

Erwerbsfähigkeit (Kapazität).

Voraussetzung einer gültigen Delation ist Erbfähigkeit, Voraussetzung eines gültigen Erwerbs Erwerbsfähigkeit des Erbfähigen.

Incapaces waren nach der lex Julia et Papia Poppaea caelibes (Ehelose) und orbi (Kinderlose, diese nur teilweise) hinsichtlich der Testamente von Personen, mit denen sie nicht wenigstens im 6. (7.) Grade verwandt waren (Gajus 2,286, 286a).

Transmissionen. Die heredes extranei hatten mit der Berufung nur eine Anwartschaft auf ein Erbrecht, noch kein Recht. Starben sie vor dem Erwerbe — wenn auch erst nach der Berufung, die sie auf jeden Fall erleben mußten —, dann gingen ihre Erben leer aus. In vier Fällen wurde jedoch aus Billigkeitsgründen eine Vererblichkeit der aus der Berufung entstandenen Anwartschaft zugestanden, die Anwartschaft transmittiert. Diese 4 Transmissionsfälle sind heute bedeutungslos, denn nach B.G.B. sind alle Erben necessarii, „der Tote erbt den Lebenden". Als Beispiel soll nur die transmissio Theodosiana angeführt werden, weil an sie in den Motiven[2]) zu B.G.B. 2069 gedacht ist. Nach dieser 450 n. Chr. eingeführten Trans-

---

[1]) 2 D. de adqu. vel omitt. hered. 29,2.

[2]) Dort heißt es: „Die Ersatzberufung (des § 2069) erscheint bei der letztwilligen Verfügung als das Natürlichere und ist insbesondere vor dem Gedanken der Repräsentation oder der Transmission zu bevorzugen."

mission übertrug ein testamentarisch eingesetzter Abkömmling,[1]) der vor aditio verstarb, die Erbschaft auf seine Abkömmlinge.[2])

Wirkung des Erwerbes.

Durch den Erwerb der Erbschaft ging sie im ganzen, per universitatem, mit den Schulden auf den Erben über und zwar zurückbezogen auf die Zeit des Todes des Erblassers (Kontinuität der Beerbung, 138 D. de reg. J. 50,17).

Für die Schulden haftete der Erbe — außer milites — selbst mit seinem eigenen Vermögen. Doch gab ihm Justinian das beneficium inventarii. Durch form- und fristgerechte Errichtung eines solchen beschränkte er seine Haftung auf den Belauf der Erbschaft.

Umgekehrt hatten die Erbschafts-Gläubiger — schon in klassischer Zeit — zum Schutz gegen Insolvenz des Erben das beneficium separationis, d. h. sie konnten abgesonderte Befriedigung — ohne Konkurrenz mit den persönlichen Gläubigern des Erben — aus dem Nachlasse verlangen (1,1 D. 42,6).

Zwischen mehreren Miterben (coheredes) entstand eine communio incidens, die mit actio familiae erciscundae zu lösen war. Nomina (Forderungen und Schulden) sunt ipso iure divisa,[3]) nach Verhältnis der Erbquote, sie kamen daher höchstens ausnahmsweise in das iudicium (Gajus 3 D. 10,2). Die auf den vermutlichen Willen des Erblassers gegründete Kolla-

[1]) Nicht Hauskind, denn bei diesem war als suus eine Transmission undenkbar, es erwarb unmittelbar mit dem Tode des Erblassers.

[2]) Vgl. l. un. C. 6,52 de his qui ante apertas tabulas hereditates transmittunt, also keine Kenntnis vom Delationsgrunde — Voraussetzung der aditio — hatten.

[3]) Schon Bestimmung der 12 Tafeln, vgl. 6 C. 8,36.



tionspflicht von Miterben wurde von Justinian dahin geregelt, daß Deszendenten, die zusammen ihren gemeinsamen Aszendenten ex testamento oder subsidiär ab intestato beerbten, gewisse von diesem bei seinen Lebzeiten vorausempfangene Vermögensstücke (wie dos, militia = militärische Ausrüstung) in die Erbmasse einzuwerfen, zu konferieren hatten (17. 20 C. 6,20).

Akkreszenzrecht.

Bei Wegfall eines — testamentarischen oder gesetzlichen — Miterben vor Erwerb der Erbschaft gelangte sein Erbteil, wenn nicht der Fall einer Substitution oder Transmission gegeben war, gemäß dem Grundsatze der Totalität der Beerbung an die Miterben (Akkreszenz) und zwar in erster Linie an die coniuncti (z. B. zusammen auf eine Erbportion Eingesetzte, mehrere Kinder eines vorverstorbenen Kindes, die als stirps miterben), falls solche nicht vorhanden sind, an alle Miterben gemäß ihrer Erbportion.[1])

Nach Bestimmung der lex Julia et Papia Poppaea fielen bei testamentarischer Beerbung die Erbteile der erwerbsunfähigen caelibes und orbi als caduça (caducorum vindicatio) an die Miterben mit Kindern, wenn nicht nahe Verwandte des Testators vorhanden waren. Justinian hob die caducorum vindicatio auf und stellte das frühere Akkreszenzrecht wieder her.

Wegen Indignität konnte eine bereits erworbene Erbschaft in gewissen Fällen, z. B. wegen ungerechtfertigter Anstellung der querela inofficiosi testamenti,[2]) dem Erben vom Fiskus wieder entzogen werden (bona ereptoria).

---

1) 64 D. 28,5.

2) 8,14 D. 5,2.

Schutz des Erbrechts.

Der Erbe machte sein Erbrecht mit der hereditatis petitio (vindicatio) geltend. Sie ging gegen jeden, der einen Nachlaßgegenstand pro herede (mit der Behauptung,[1]) Erbe zu sein) oder pro possessore als praedo besaß, der fictus possessor stand wie bei der rei vindicatio dem wirklichen gleich.

Die hereditatis petitio bezweckte Anerkennung des Erbrechts und Herausgabe der Erbschaft, nach dem Sct. Juventianum 129 n. Chr. mit allem Gewinn (res succedit in locum pretii et pretium in locum rei), sie umfaßte dingliche und sogar — wiewohl in rem actio — persönliche Ansprüche (25,18 D. 5,3).

Die hereditatis petitio war eine Universalklage. Die einzelnen Erbschaftssachen konnten aber eventuell auch mit der Singularklage der rei vindicatio eingefordert werden. Um die Anstellung vieler Einzelklagen bei der gleichen rechtlichen Basis zu verhindern, war dem Beklagten die exceptio quod praejudicium hereditati non fiat gegenüber der rei vindicatio gegeben, womit er den Kläger auf Anstellung der hereditatis petitio verwies (vgl. aber hierzu 13 D. 44,1).

Auf Grund seines prätorischen Erbrechts war dem bonorum possessor (der auch als Zivilerbe die bonorum possessio erbeten haben konnte) die hereditatis petitio als utilis actio (possessoria) gegeben und außerdem das interdictum quorum bonorum (adipiscendae possessionis).

Vierter Abschnitt.

Vermächtnisse.

§ 98. Allgemeines. Legate und Fideikommisse.

Vermächtnis ist eine letztwillige Zuwendung an einen

[1]) 11 D. de hered. pet. 5,3.

Nichterben (Honorierter) zu Lasten des Erben (Onerierter). Ausnahmsweise konnte einem Erben neben seinem Erbteil ein Legat als Prälegat zugewendet werden. Mehrere Erben hafteten hierbei wie bei jedem Legat gemäß ihrem Bruchteile. Den Bruchteil der Haftung, der auf den bevorzugten Erben entfiel, erhielt dieser nicht iure legatarii, sondern iure heredis (anders B.G.B. 2150).

Sowohl der Onerierte wie Honorierte mußten testamenti factio (passiva) haben. Nach vorjustinianischem Rechte durfte eine persona incerta nicht bedacht und ein Vermächtnis nicht lediglich als Strafe für den Onerierten, poenae nomine relictum sein.

Gegenstand eines Vermächtnisses konnten sein:

a) einzelne Sachen — Sachgesamtheiten wie Bibliothek — Rechtsgesamtheiten wie peculium [1]) — ja sogar eine Quote des Nachlasses (partitio legata), die der legatarius partiarius als Singular-Successor empfing; [2])
b) species oder genus (Gattungsvermächtnis);
c) einmalige — wiederkehrende Leistungen (Renten, Alimente);
d) Rechte in re aliena und Forderungen (legatum nominis, legatum liberationis = Schuldbefreiungsvermächtnis, der Bedachte wurde von einer Schuld frei, legatum debiti = Schuldvermächtnis, zu denken als Anerkennung einer

[1]) Vgl. Dig. 33,8.

[2]) Vgl. 26,2 D. de leg. I (liber trigesimus). Gehörten zum Nachlasse Forderungen und Schulden, so waren zwischen dem Bedachten und Beschwerten stipulationes partis et pro parte nötig, die ersterem seine Quote an den Forderungen und Schulden überwiesen.

vielleicht zweifelhaften Schuld des Erblassers gegenüber dem Bedachten);

e) eigene Sachen — fremde Sachen (der Onerierte hatte sie sich dann zu verschaffen, Verschaffungsvermächtnis);

f) die eine oder die andere Sache (Wahlvermächtnis, alternatives Vermächtnis). Während sonst bei Wahlschulden der Schuldner das Wahlrecht hatte (25 D. 18,1), hatte beim Wahlvermächtnisse nach Justinianischem Rechte regelmäßig der Bedachte die Wahl (23 Dig. 31).

Form der Vermächtnisse.

Im römischen Recht bestand ursprünglich ein scharfer Gegensatz zwischen den altzivilen Legaten i. e. S. und den auf Kaiserrecht beruhenden Fideikommissen. Legatum est quod legis modo id est imperative testamento relinquitur: nam ea quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur (Ulp. Fragm. XXIV,1). Das Legat war formell, das Fideikommiß formlos. Jenes befahl, dieses bat. Das Legat konnte nur in einem Testament vermacht werden, das Fideikommiß auch außerhalb des Testaments in einem Kodizill (eigentlich Schreiben an den künftigen Erben), ja auch ohne Bestehen eines Testaments in einem Intestatkodizille.[1]) Das Legat konnte nur einem Erben, das Fideikommiß auch einem Vermächtnisnehmer auferlegt werden.[2]) Gajus 2,268—286 läßt sich ausführlich über die Verschiedenheiten aus und führt in § 285 den Ursprung der Fideikommisse auf das Peregrinenrecht zurück (vgl. hierzu Jhering III S. 271 unter Schleichwege des Lebens).

---

[1]) Wobei Onerierter der Intestaterbe war.

[2]) So auch B.G.B. 2147.

Legatorum genera sunt quattuor (Gajus 2,192):

1) Das Vindikationslegat[1]) („do lego“), der Legatar erwarb ipso iure mit Erbschaftsantritt das Eigentum;[2])
2) das Damnationslegat[3]) (damnas esto dare), bloßes Forderungsrecht;
3) das Präzeptionslegat[4]) zu Gunsten eines Miterben (Prälegat);
4) das legatum sinendi modo,[5]) bei welchem der Beschwerte die Abforderung einer Sache, insbesondere einer ihm selber gehörigen, dulden mußte, eine abgeschwächte Form gegenüber dem Damnationslegat.

Die Fideikommisse erhielten zu Anfang der Kaiserzeit Klagbarkeit im Wege der extraordinaria cognitio und es wurde für sie ein besonderer praetor fideicommissarius bestellt. Die Fideikommisse[6]) ließen Bedingungen und Befristungen — anders wie bei der Erbeinsetzung und beim Legat — zu (Gajus 2,250).

Der Gegensatz von Legaten und Fideikommissen verschwand allmählich. Zunächst wurden die strengen Formvorschriften der Legate durch das Sct. Neronia-

---

1) Gajus 2,193—200.

2) Nach B.G.B. 2174 hat der Bedachte stets nur ein Forderungsrecht gegen den Beschwerten.

3) Gajus 2,201—208.

4) Gajus 2,216 ff.

5) Gajus 2,209—215.

6) Den Fideikommissen standen im wesentlichen gleich die mortis causa donationes, die aber Vertragsnatur hatten, andererseits jedoch wieder bis zum Tode frei widerruflich waren; Dig. 39,6.

num dadurch abgeschwächt, daß jedes Legat von mangelhafter Form als Damnationslegat gelten sollte. Legate konnten später auch in codicilli testamento confirmati angeordnet werden. Durch Konstantin wurde die Notwendigkeit sollenner Formeln bei den Legaten beseitigt. Umgekehrt wurde durch Theodosius d. Gr. die Errichtung von Kodizillen in schriftlicher oder mündlicher Form für zulässig, die Zuziehung von 5 Zeugen aber in beiden Fällen als notwendig erklärt. Justinian brachte materiell Legate und Fideikommisse zur völligen Ausgleichung.[1])

Wer ein Testament errichtete, konnte durch Kodizillarklausel anordnen, daß dieses bei Ungültigkeit als Kodizill behandelt werden sollte. Die Erbeinsetzungen galten dann als dem Intestaterben auferlegte Fideikommisse.

§ 99. Beschränkung von Vermächtnissen. Erwerb und Wegfall von Vermächtnissen.

1. Beschränkung von Vermächtnissen.

Der Erbe haftete für Vermächtnisse höchstens bis zum Betrage seines Erbteiles — anders wie bei Schulden — (1,17 D. 36,1).

Ursprünglich stand auch nichts dem entgegen, daß der Erblasser durch Vermächtnisse den Erbteil völlig erschöpfte. Uti legassit suae rei, ita ius esto, hieß es nach den 12 Tafeln (vgl. bei Gajus 2,224). Beschränkungen dieser Testierfreiheit brachten bereits eine lex Furia und die in die Testierfreiheit überhaupt

[1]) Die alte Formfreiheit der Fideikommisse behauptete sich bis zu Justinians Zeit in dem heute unpraktischen Oralfideikommiß, das dem Beschwerten mündlich auferlegt wurde und dessen Beständigkeit vom Eide des Beschwerten allein abhing.



tiefer eingreifende lex Voconia aus dem 2. Jahrhundert v. Chr. (vgl. Gajus 2,225, 226). Von endgültiger Bedeutung blieb die lex Falcidia, 39 v. Chr., qua cautum est ne plus ei legare liceat quam dodrantem:[1]) itaque necesse est, ut heres quartam partem hereditatis habeat (Quarta Falcidia, Gajus 2,227). Diese zuerst nur auf Legate anwendbare Bestimmung wurde durch das Sct. Pegasianum 75 n. Chr. auf Fideikommisse übertragen, aber nur auf dem Erben, nicht auch einem Vermächtnisnehmer auferlegte Fideikommisse. Für die Berechnung der Quarta Falcidia war die Zeit des Todes des Erblassers (des Erbfalls) maßgebend. Die Vermächtnisse wurden eventuell verhältnismäßig geschmälert.

2. Erwerb der Vermächtnisse.

Die Römer unterschieden zwischen dies cedens (in der Regel Augenblick des Todes des Erblassers bezw. späterer Eintritt einer Bedingung), mit welchem der Honorierte den Anspruch auf das Vermächtnis erwarb und von welchem ab er diesen auf seine Erben transmittierte, und den dies veniens (Zeit des Erbschaftsantritts durch den Erben), mit welchem die Forderung gegen den Erben gegeben war.

Beim Vindikationslegat wurde das Recht (Eigentum) ipso iure erworben, sonst erst durch Tradition, falls es sich um eine körperliche Sache handelte, auf deren Vornahme nur ein persönlicher Anspruch gegen den Erben gegeben war.

Justinian bestimmte, daß der Bedachte nur einen persönlichen Anspruch habe gegen den Beschwerten, daneben aber eine dingliche Klage, wenn es sich um eine eigene Sache des Erblassers handelte.

---

[1]) Drei Viertel; das Ganze ist as.

Zwischen Kollegataren bestand ein Anspruch auf Lösung der Gemeinschaft, bei Wegfall des Einen Akkreszenz des Anderen.

3. Wegfall der Vermächtnisse. Gründe waren:

a) Ungültigkeit, z. B. Vermachung von etwas Unmöglichem, zur Zeit der Errichtung. Es galt hier die regula Catoniana: quod ab initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere (vgl. hierüber 1 pr. D. 34,7). Im Gegensatz hierzu kommt es nach B.G.B. 2171 nicht auf die Zeit der Errichtung, sondern auf die des Erbfalls an.

b) Widerruf.

c) Ungültigkeit des Testaments, jedoch mit Ausnahmen bei durch den onerierten Erben arglistig herbeigeführter Ungültigkeit.

§ 100. Das Universalfideikommiß (fideicommissaria hereditas).

Im römischen Rechte galt der Satz: semel heres semper heres. Einsetzung eines Nacherben war daher unzulässig. Einen Ersatz bot das Universalfideikommiß.

Durch dasselbe konnte nicht bloß eine Nachlaßquote wie bei der partitio legata einem Legatar zugewendet werden, sondern der ganze Nachlaß.

1. Beim Universalfideikommiß ging man ursprünglich so vor,[1]) daß der beschwerte Erbe (Fiduziar) nummo uno dicis causa die hereditas verkaufte. Hierbei fanden dieselben stipulationes rei emtae und venditae statt, wie beim wirklichen Erbschaftskaufe.

---

[1]) Vgl. Gajus 2,252.

Mit diesen Stipulationen ließ sich der Beschwerte vom Fideikommissar versprechen, daß dieser für alle Ansprüche, die an den Fiduziar als Erben herantreten würden, einstehen werde. Denn restituta hereditate is qui restituit nihilo minus heres permanet (Gajus 2,251). Umgekehrt ließ sich der Fideikommissar versprechen, daß ihm der Fiduziar alles, was ihm aus der Erbschaft noch zukommen würde, herausgeben werde, ut etiam pateretur eum (Fideikommissar) hereditarias actiones procuratorio aut cognitorio nomine exequi.[1]) Hiermit wurde faktisch der Fideikommissar — an sich Singularsuccessor und ohne Haftung für die Schulden — zum Universal-Successor, wenn auch nicht Erbe, so doch heredis loco.

2. Das Sct. Trebellianum unter Nero (62 n. Chr.) sanktionierte die bis dahin nur durch besondere cautiones[2]) (Stipulationen) erreichte Universal-Succession des Universal-Fideikommissars. Dieser wurde nunmehr nicht bloß faktisch, sondern gesetzlich heredis loco. Für ihn und gegen ihn wurden die Erbschaftsklagen unmittelbar als actiones utiles[1]) gegeben, so daß es keiner Stipulationen und prozessualer Bevollmächtigung mehr bedurfte.

3. Einen Rückschritt in der Entwickelung des Universal-Fideikommissars zum Universal-Successor bedeutete das Sct. Pegasianum[3]) unter Vespasian (75 n. Chr.). Dieses Senatuskonsult führte für alle Fideikommisse, also auch für das Universalfideikommiß bei Überlastung über dodrans den Abzug der quarta Falcidia wie bei den Legaten ein. Nach demselben kam

---

[1]) Die Entwicklung vollzog sich also ähnlich wie bei der Zession.

[2]) Vgl. Gajus 2,253.

[3]) Gajus 2,254. ff.

es beim Universalvermächtnis weiter darauf an, ob die Erbschaft durch dasselbe über drei Viertel belastet war oder nicht und im ersteren Falle wieder darauf, ob der Erbe die Erbschaft freiwillig angetreten hatte oder ob er dazu erst vom Fideikommissar gezwungen werden mußte, was zulässig war.

a) Überstieg das Universalvermächtnis nicht den dodrans, drei Viertel, dann blieb es bei der Universal-Succession des Sct. Trebellianum. Der Erbe blieb bezüglich des ihm verbleibenden Teils der Erbschaft heres und Universal-Successor, der Universal-Fideikommissar blieb ebenfalls Universal-Successor. Die Erbschaftsklagen wurden für und gegen beide (gegen den Fideikommissar als utiles) pro rata parte gegeben.[1])

b) Überstieg das Universalvermächtnis den dodrans, dann unterschied das Sct. Pegasianum, ob der Erbe freiwillig oder gezwungen die Erbschaft angetreten hatte.

Trat der Erbe freiwillig an, dann konnte er bei Restitution der Erbschaft ein Viertel zurückbehalten. Ob er dies nun tat oder nicht, so trat doch wie früher nur Singular-Succession ein. Der Fiduziar blieb heres und Forderungen und Schulden blieben ganz mit seiner Person verknüpft. Um an beiden dem Fideikommissar seinen Anteil, lucrum et damnum hereditarium pro rata parte zu überweisen, waren wieder Stipulationen (cautiones) nötig. In dem Fall des Quartabzugs waren dies wie bei der partitio legata die stipulationes partis et pro parte, si vero totam hereditatem restituerit, ad exemplum emptae et uenditae hereditatis stipulationes interponendae sunt.[2])

Trat der Erben-Fiduziar gezwungen an, dann trat bei Restitution Universal-Succession gemäß dem Sct.

---

1) Gajus 2,255.

2) Gajus 2,257, 254.

Trebellianum ein.[1]) Der Erbe, der die Erbschaft nicht haben wollte als suspekte, damnosa, überschuldete, wird natürlich auch auf die Quart verzichtet haben.

4. Justinian bestimmte, quia nobis in legibus magis simplicitas quam difficultas placet,[2]) unter Aufhebung des Sct. Pegasianum, daß auch deducta quarta das Trebellianum gelten solle. Das Recht auf die quarta blieb aber für alle Fideikommisse bestehen. Im gemeinen Rechte wurde diese Quart unrichtig als quarta Trebellianica[3]) bezeichnet.

Die Bedeutung der Anerkennung einer Universal-Succession im Wege eines Universal-Fideikommisses war — zumal bei dem freien Rechte der Fideikommisse überhaupt — eine große. Durch das U.-F. wurde es möglich, in Durchbrechung des Satzes semel heres semper heres eine Nacherbschaft herbeizuführen, wie sie heute dem B.G.B. 2100—2146 bekannt ist. Durch das U.-F. wurde es möglich, jemanden wie einen Erben zu bedenken, der zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht lebte, ja noch nicht einmal nasciturus war.[4]) Durch das Universal-Fideikommiß (im Gegensatz zum alten Universal-Legat, partitio legata) wurde es auch möglich, dem ersten Universal-Fideikommissar einen zweiten folgen zu lassen, denn ein Fideikommissar konnte — anders wie ein Legatar — seinerseits mit einem Vermächtnis beschwert werden. Im ganzen betrachtet, wurde mit dem Universal-Vermächtnis faktisch eine Erbeinsetzung ohne deren Beschränkungen in Beifügung von Bedingungen und Befristungen erreicht.

---

[1]) Gajus 2,258. [2]) 7 J. 2,23.

[3]) Sie hätte richtiger Pegasiana heißen müssen. Die quarta Falcidia bezog sich auf Legate. [4]) So auch B.G.B. 2101.

Vierter Teil.

Der römische Civilprozess nebst Zwangsvollstreckung und Konkurs in geschichtlicher Entwicklung.

Einleitung.

In Pandekten- und Institutionenlehrbüchern war es üblich, gewisse Lehren, die vorwiegend in das Prozeßrecht gehören, als sogenanntes materielles Prozeßrecht am Schlusse des Allgemeinen Teils zu bringen, z. B. die Lehre von der Litiskontestation und Litigiosität, die Lehre vom Urteile und den Urteilssurrogaten, Entstehung, Arten und Untergang von Aktionen und Exzeptionen, ferner außerordentliche Verfahrensarten wie Interdikte und Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Man bildete hierfür eine Abteilung: Ausübung und Schutz der Rechte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich hat mit diesem System gebrochen[1]) und die angeführten Materien werden am besten im Prozeßrechte selber zur Erörterung gebracht, selbst soweit sie materielles Recht betreffen. Sie werden je am gehörigen Orte dargestellt werden.

Im allgemeinen ist an dieser Stelle nur folgendes einleitend zu bemerken.

Von seinen Rechten kann man an und für sich beliebigen Gebrauch machen, denn nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur (Gaius libro secundo de testamentis ad edictum urbicum 55 D. 50,17). Jedoch

[1]) Vgl. hierüber Motive zum B.G.B. im Anhang zum Allgemeinen Teile.



malitiis non est indulgendum (38 D. 6,1), Schikane ist verboten (B.G.B. § 226).

Ein Recht ist ohne Rechtsschutz nicht denkbar, abgesehen von der Singularität der sogen. natürlichen Verbindlichkeiten. Der Rechtsschutz kann entweder sein gesetzlich anerkannter Selbstschutz, (z. B. vim vi repellere licet 1,27 D. 43,16, B.G.B. § 859) oder Gerichtsschutz. Die Lehre vom Gerichtsschutz bildet den Inhalt des Zivilprozeßrechts.

Die Wichtigkeit gerade der Kenntnis vom Wesen des römischen Zivilprozesses wird durch nichts besser illustriert als durch die Worte Jherings in „Geist des römischen Rechts“ 5. Auflage, 3. Teil, S. 133:

„Wer den hohen Einfluß zu würdigen weiß, den knappe, strenge Formen auf die innere Entwicklung des Rechts ausüben, für den wird es weder einer Ausführung noch Rechtfertigung bedürfen, wenn ich schließlich mein Urteil über die historische Bedeutung des altrömischen Prozesses für die Gesamt-Entwicklung des römischen Rechts in den Satz zusammenfasse: was der Körper für den Geist, das war die analytische Struktur des Prozesses für die Analytik der Begriffe — ohne den altrömischen Prozeß gäbe es mutmaßlich kein heutiges römisches Recht.“ —

Unter dem altrömischen Prozesse versteht Jhering auch noch den Formularprozeß. Die extraordinaria cognitio dagegen zeigt nichts mehr von spezifisch-römischem Wesen.

Erster Abschnitt.

Allgemeiner Teil.

§ 101. Allgemeines.

Die Rechtspflege, Gerichtsbarkeit beruhte in Rom wie überall auf der Staatsgewalt (imperium ac potestas populi Romani zur Zeit der Republik).

Träger der Staatsgewalt waren zur Königszeit (753—510 v. Chr.) die Könige (1. Romulus, 6. Servius Tullius, 7. und letzter Tarquinius Superbus).

Zur Zeit der Republik (510—30 v. Chr.) war Träger der Staatsgewalt senatus populusque Romanus (S. P. Q. R.). Exekutivorgane waren die beiden Konsuln (anfangs auch judices oder praetores genannt); das auf sie mit Ausnahme der priesterlichen Verrichtungen anfangs voll übergegangene imperium der Könige erlitt nach und nach Beschränkungen, z. B. durch Einführung der Provokation und Interzession. In Notfällen allerdings, z. B. im Kriegsfall, konnte jeder Konsul von sich aus einen Diktator mit summum imperium, das Provokation und Interzession ausschloß, auf Zeit ernennen.

Während der Kaiserzeit (seit 30 v. Chr.) waren Träger der Staatsgewalt die Kaiser (Caesar, princeps).

In der Entwicklung des römischen Zivilprozesses werden drei Stufen unterschieden:

1) Das Verfahren der legis actio bis zur lex Aebutia (ca. 200 v. Chr.) ausschließlich;

2) das Formular-Verfahren, das bereits im Peregrinenprozesse üblich war und daher imperio continens im Gegensatz zum judicium legitimum der Legisaktionen hieß, wurde durch die lex Aebutia anstelle der legis actio per condictionem gesetzt. Durch die leges Juliae (25 v. Chr.) wurden auch die übrigen Legisaktionen fast

ganz aufgehoben und es wurde von da ab das Formular-Verfahren so gut wie ausschließlich angewandt. Das Verfahren per legis actiones blieb hauptsächlich für damnum infectum und gewisse Erbschaftssachen;

3) das Verfahren der extraordinaria cognitio. Im Unterschiede von 1) und 2) bestand hier keine Trennung von Verfahren in jure (vor dem instruierenden magistratus) und Verfahren in judicio (vor dem judex = Laiengeschworenen, Geschworenen, Schiedsmann, der Recht spricht). Der magistratus leitete hier nicht bloß das Verfahren ein, sondern führte auch selbst die Entscheidung herbei. Ein solches außerordentliches Verfahren bestand neben dem ordentlichen schon frühzeitig, besonders für interdicta (etwa gleich der einstweiligen Verfügung der R.Z.P.O.) und ähnliche Rechtsakte, die sich darstellen als magis imperii quam iurisdictionis. Aber auch für wirkliche Rechtsprechung wird frühzeitiges Bestehen extraordinärer Kognition behauptet (vgl. Keller, Der römische Zivilprozeß 6. Aufl. § 1), z. B. für Alimenten-, Fideikommiß-Sachen.

Unter den Kaisern gewann die extraordinaria cognitio immer mehr an Boden, indem sie zunächst für das jus novum (extraordinarium) = Kaiserrecht schon seit Augustus zu ausschließlicher Verwendung kam.

Die extraordinaria cognitio wurde 294 n. Chr. durch Diokletian zur ordinaria, d. h. zum ordentlichen und alleinigen Prozeßverfahren erhoben.

Bei der Entwicklung des römischen Zivilprozesses, wie des römischen Rechtes überhaupt, waren von hoher Bedeutung die Verschiedenheiten des status civitatis, wonach man cives, latini und peregrini unterschied; diese Verschiedenheiten wurden durch die lex de civitate des Kaisers Caracalla vom Jahre 212 völlig beseitigt, nachdem die geschichtliche Entwicklung bereits die mannigfachsten Wandlungen herbeigeführt hatte.

Verschiedenheiten im Umfange der Gerichtsbarkeit ergaben sich übrigens auch aus der Verschiedenheit im Umfange des imperium der Konsuln, das ja die Grundlage für die daraus fließende Jurisdiktionsgewalt war. Innerhalb der ersten Bannmeile (1000 Schritt) von Rom war nämlich das imperium der Konsuln beschränkt:

a) durch die lex Valeria de provocatione (509 v. Chr.): ne quis magistratus civem Romanum adversus provocationem necaret neve verberaret (Provokation an das Volk);

b) durch das jus intercedendi paris maiorisve magistratus, insbesondere der Volkstribunen, deren Zahl nach und nach von 2 auf 10 erhöht wurde.

Die hauptsächlichsten Quellen des römischen Zivilprozeßrechts sind:

Für die Legisaktionen Gaii (um 150 n. Chr.) institutionum libri quatuor, 1816 von Niebuhr in der Bibliothek des Domkapitels von Verona in einem mit den Epistolae des Kirchenvaters Hieronymus überschriebenen Palimpseste (überschriebene Pergamenthandschrift) entdeckt. Ferner

Institutiones: 4,6 ff. De actionibus.
Digesta 2,1 de iurisdictione,
3,3 de procuratoribus et defensoribus,
5,1 de iudiciis,
19,5 de praescriptis verbis et in factum actonibus,
22,3 de probationibus et praesumtionibus,
42,1 de re judicata,
44,1 de exceptionibus,
44,2 de exceptione rei judicatae,
44,4 de doli mali et metus exceptione,

44,7 de obligationibus et actionibus,
49,1 de appellationibus et relationibus,
Codex 7,62 de appellationibus.

§ 102. Die Gerichtspersonen.

Die jurisdictio (Zivilgerichtsbarkeit) lag, wie schon in § 1 erwähnt wurde, im imperium. Bis zu den leges Liciniae (366 v. Chr.) waren allein die beiden Konsuln magistratus cum imperio, die jurisdictio lag also bei ihnen, ebenso wie die potestas gladii (Strafgerichtsbarkeit).

Im Anschluß an jene Gesetze wurde nun ein minor collega consulum kreiert, ein praetor urbanus, qui inter cives jus dicit (innerhalb Roms); es bildete sich nun erst recht eigentlich der Begriff der jurisdictio; das imperium, soweit es bisher die jurisdictio enthalten hatte, ging auf den neuen magistratus cum imperio, den Prätor, über.

Zunächst (bis 336 v. Chr.) wurden nur Patrizier zu Prätoren gewählt, während seit den erwähnten leges Liciniae wenigstens einer der Konsuln Plebejer sein mußte. Die Konsuln wurden auch von da ab nicht mehr Prätoren genannt.

In außergewöhnlichen Fällen, z. B. bei Abwesenheit beider Konsuln, ging übrigens das imperium des Prätors noch über die jurisdictio hinaus, indem er dann den Konsul für die Stadt Rom ganz vertrat, also eine Art Vizekonsul vorstellte.

Es bildeten sich mit Einführung der Prätur die Benennungen:

imperium merum = imperium ohne jurisdictio;
imperium mixtum =

a) imperium mit einzelnen zivilgerichtlichen Befugnissen, wie sie den Konsuln verblieben,

b) diejenige zivilgerichtliche Tätigkeit des Prätors, die magis imperii quam jurisdictionis ist wie missio in bona, in integrum restitutio;

jurisdictio als Gegensatz zu imperium.

Ursprünglich gab es nur einen Prätor, den praetor urbanus, wie er später zur Unterscheidung von den anderen Prätoren genannt wurde, qui inter cives jus dicit.

Nach der Eroberung Siziliens während des ersten Punischen Krieges (264—241 v. Chr.) wurde wegen der starken Vermehrung der Zahl der Peregrinen in Rom (l. 2,28 D. de origine juris 1,2) ein praetor peregrinus gewählt, qui plerumque inter peregrinos jus dicebat.

Im Zusammenhange hiermit bildete sich jetzt auch die Unterscheidung von judicia legitima[1]) und judicia, quae imperio continentur; Gajus 4,104 sagt: Legitima sunt judicia, quae in urbe Roma vel intra primum urbis Romae miliarium inter omnes cives Romanos sub uno judice accipiuntur. Im Gegensatz hierzu hießen die vor dem praetor peregrinus instruierten und vor mehreren recuperatores[2]) im Gegensatz zu unus judex durchgeführten Peregrinenprozesse judicia, quae imperio continentur — hier ist imperium als Gegensatz zu jurisdictio gebraucht —.

Die Zahl der Prätoren stieg nach und nach bis auf 16 unter den Kaisern.

Mit Aufhebung des Unterschiedes zwischen Bürgern und Peregrinen durch die bereits erwähnte lex de civitate des Caracalla vom Jahre 212 n. Chr. wurde

---

[1]) Unter judicium legitimum versteht man auch die legis actio im Gegensatze zum Formular-Prozeß als imperio continens.

[2]) Vgl. Esmarch, Röm. Rechtsgeschichte, 3. Aufl. S. 182/3.

übrigens der Unterschied von praetor urbanus und praetor peregrinus bedeutungslos.

Wiewohl grundsätzlich die Jurisdiktionsgewalt als ein Ausfluß des imperium nur den Magistraten cum imperio zustand, so gab es doch singulär einzelne Magistrate ohne imperium, denen eine Gerichtsbarkeit im Rahmen ihres Geschäftsbereichs (provincia) zustand. So hatten die im Jahre 366 neben die beiden aediles plebis gesetzten beiden aediles curules für Marktsachen (Sklaven-, Viehkauf u. s. w.) eine gewisse jurisdictio, welcher die ädilizische actio redhibitoria und actio quanti minoris entstammen. Ferner gehörte zur potestas der 443 v. Chr. geschaffenen Zensoren neben der Verwaltung der Staatsgüter, die ihnen u. a. zustand, auch die Erledigung der damit zusammenhängenden Prozesse.

Die Prätoren konnten unter gewissen Verhältnissen, z. B. für außerhalb Roms, entweder allgemein die Ausübung der jurisdictio anderen übertragen (jurisdictio mandata) oder im Einzelfalle sich einen Vertreter ernennen (jurisdictio delegata). Darin, daß die jurisdictio nur der Ausübung nach übertragen wurde, lag, daß eine Weiterübertragung und eine Berufung an den auftraggebenden Magistrat unzulässig war. So hatte z. B. der Prätor zur Zeit der Republik in den italischen praefecturae (unterworfene Gebietsteile) als ständige Vertreter in der Ausübung der jurisdictio die von Rom aus entsandten praefecti juri dicundo oder juridici.

Im Gegensatz zu den praefecturae hatten die municipia (beschränkt selbständige Städte) eigene Gerichtsbarkeit ihrer Stadtmagistrate.

Diese Zustände änderten sich mit dem Bundesgenossenkrieg von 91—88 v. Chr., dessen Folge war, daß alle Italiker vollberechtigte römische Bürger wurden. Im weiteren Verlaufe wurde durch die lex

Julia municipalis aus dem Jahre 45 v. Chr. allen italischen Städten Selbstverwaltung mit Gerichtsbarkeit eigener magistratus municipales (duumviri juri dicundo) erteilt.

Eine wichtige Neuerung schuf der Kaiser Hadrian (117—138); derselbe teilte Italien für die Justizverwaltung in 4 Bezirke ein und setzte an deren Spitze consulares, juridici, die zum größten Teile die Gerichtsbarkeit der duumviri übertragen erhielten.

In der Stadt Rom selber behielten die Prätoren während der Kaiserzeit zwar ihre Gerichtsbarkeit, es entwickelte sich aber ein Instanzenzug an den Kaiser, der in späterer Zeit den größten Teil seiner Gerichtsbarkeit dem praefectus praetorio (ursprünglich Oberst der Prätorianer, später eine Art Ministerpräsident) delegierte. Dieses Amt bekleideten u. a. auch Papinian, Ulpian, Paulus. Für die Gerichtsbarkeit der Stadt Rom selbst wurde oberstes Organ der praefectus urbi (für Strafsachen und Appellations-Instanz für Zivilstreitigkeiten).

In den Provinzen stand die Gerichtsbarkeit dem Statthalter (praeses provinciae, legatus Augusti, proconsules, propraetores) im imperium, das hier weder durch das Provokations- noch Interzessionsrecht beschränkt war, ohne weiteres zu. Unter ihm übten legati, juridici die Gerichtsbarkeit aus.

In den privilegierten Städten der Provinzen hatte der Stadtmagistrat die Gerichtsbarkeit.

Laienrichter. Der Prätor instruierte lediglich den Prozeß und ernannte im übrigen — unter Berücksichtigung des Parteiwillens — Privatleute zu Schiedsrichtern (Laienrichter), die ihrerseits das Verfahren durchzuführen hatten.

Diese Laienrichter wurden von Fall zu Fall ernannt, man nennt sie daher unständige Richter.

Unter ihnen unterscheidet man drei Arten:

a) judices für actiones stricti juris (judicia im engeren Sinne),

b) arbitri, einer oder mehrere, bis drei, für actiones bonae fidei (arbitria),

c) recuperatores, drei oder fünf, zuerst im Peregrinen-Prozeß, dann in der Provinzialjustiz, endlich auch im ordentlichen stadtrömischen Zivilprozeßverfahren, für Statussachen, Interdikte.

Neben diesen unständigen Richtern gab es aber auch — besonders für die ältere Zeit von Bedeutung — ständige Richterkollegien, die decemviri und centumviri.

Die decemviri gehörten zu den vigintisexviri (magistratus minores), für Statussachen. Nach Beseitigung der status-Unterschiede sollen sie unter Augustus an die Spitze des Zentumviralgerichts gekommen sein.

Die centumviri bestanden ursprünglich aus 105 Mitgliedern (aus jeder Tribus 3), später aus 180. Den Vorsitz führte der praetor (hastarius), der die Prozesse hier nicht bloß instruierte. Es galt hier das Verfahren der legis actio sacramento. Die centumviri waren hauptsächlich für die vindicatio zuständig. Durch die lex Aebutia wurde ihre Tätigkeit zwar beschränkt, sie behielten aber immer noch ihr hohes Ansehen und blieben hauptsächlich für Erbschaftsstreitigkeiten (hereditatis petitio) zuständig. Unter Augustus wurden die centumviri in 4 Senate, collegia geteilt, deren Vorsitz die vorerwähnten decemviri (nicht zu verwechseln mit den decemviri der XII-Tafelgesetze, 451—449) erhalten haben sollen.

Die magistratus und Laienrichter brauchten das Recht nicht zu kennen, weshalb rechtsgelehrte Beisitzer (assessores, consiliarii) zugezogen werden konnten.

Unterbeamte. Die Unterbeamten (Gerichtsdiener, Vollstreckungsbeamte, Kanzlisten u. s. w.) hießen apparitores. Sie waren teilweise militärisch organisiert (manus militaris: 68 D. 6,1) und bildeten in den Provinzen eine Kohorte des Statthalters. Eine besondere Art von apparitores sind die lictores, deren der Diktator 24, der Konsul 12, jeder Prätor 2 zur Verfügung hatte. Die Liktoren führten Rutenbündel und außerhalb Roms auch Beile.

§ 103. Ort des Gerichts.

Der Prätor und die Laienrichter geben Recht auf offenem Markte, unter freiem Himmel (in foro Romano, Caesaris, Augusti). Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit kann der Prätor auch in transitu erledigen.

Während der Kaiserzeit bürgerte sich die griechische Sitte ein, in offenen Hallen (basilicae) Recht zu sprechen. In der späteren Kaiserzeit tagte das Gericht in geschlossenen Räumen (auditoria), welche mit Tribünen versehen waren. Später wurde die Öffentlichkeit ausgeschlossen, man sprach dann von secretaria.

§ 104. Zeit des Gerichts.

Der römische Kalender, der ebenso wie die Legisaktionen ursprünglich geheimgehalten und erst im Jahre 304 v. Chr. von dem Sekretär Flavius des Zensors Appius Claudius der Öffentlichkeit verraten wurde, hatte seine Einteilung gerade mit Bezug auf die Gerichtstage erhalten.

Unbeschränkt wurde Recht gesprochen an den 40 dies fasti (F) von 8 Uhr früh bis 4 Uhr nachmittags.

Beschränkt wurde Recht gesprochen an den 77

dies intercisi (EN), nämlich nur mittags, ferner an den 190 dies comitiales, falls kein Komitium stattfand.

Garnicht wurde Recht gesprochen an den 60 dies nefasti (N).

Außerdem traten Unterbrechungen ein durch die Ernteferien, Weinleseferien, ludi im Frühling und Herbst.

Die Zahl der Gerichtstage erwies sich mit der Zeit als zu gering, und Marc Aurel (161—180) setzte ihre Zahl daher auf 230 fest; hierzu kam noch, daß mit vordringendem Christentum die heidnischen Spiele in Wegfall kamen, wodurch eine weitere Vermehrung der Gerichtstage eintrat.

§ 105. Parteien. Beistände. Vertreter.

1. Parteien sind im Zivilprozesse der Kläger (actor, Aulus Agerius) und der Beklagte (reus, Numerius Negidius). Neben diesen Haupt-Parteien sind möglich Neben-Parteien (Intervenienten).

Wir unterscheiden heute zwischen Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit und Verhandlungsfähigkeit.

Parteifähigkeit ist die Fähigkeit, als Partei zu klagen bezw. verklagt zu werden. Parteifähig ist im allgemeinen, wer rechtsfähig ist. Doch kann z. B. nach § 50,2 R.Z.P.O. ausnahmsweise ein nicht rechtsfähiger Verein als solcher verklagt werden (nicht auch klagen), also passiv Partei sein. Nach römischem Rechte waren die Sklaven nicht rechtsfähig und daher auch nicht parteifähig. Nur beschränkt rechtsfähig waren Personen, die zwar frei, aber nicht römische cives waren, sie konnten daher im judicium legitimum, das nur römischen Bürgern zugänglich war, nicht Partei sein.

Prozeßfähigkeit ist die Fähigkeit einer Person, vor Gericht zu stehen (legitima persona standi in judi-

cio), d. h. prozessual bedeutsame Handlungen selbständig vorzunehmen oder wenigstens zu veranlassen (prozessuale Handlungsfähigkeit); das Verhältnis der letzteren zu zivilrechtlichen Begriffen ergibt sich aus folgendem Schema:

Handlungsfähigkeit

Deliktsfähigkeit Geschäftsfähigkeit

Verpflichtungsfähigkeit Erwerbsfähigkeit

durch Verträge einseitig.

Prozeßfähig ist nach § 52 R.Z.P.O. eine Person insoweit, als sie sich durch „Verträge verpflichten“ kann.

Von dieser Prozeßfähigkeit unterscheiden wir heute noch die Verhandlungsfähigkeit. Eine prozeßfähige Person kann zwar immer Prozeßhandlungen selbständig veranlassen, aber nicht immer selbständig vornehmen, z. B. nicht immer persönlich vor Gericht verhandeln, Anträge stellen. Nach der R.Z.P.O. muß sich z. B. auch der Prozeßfähige in Anwaltsprozessen (nichtamtsgerichtliche) dem Gerichte gegenüber durch einen Anwalt vertreten lassen (Anwaltszwang).

Das römische Recht kannte keinen allgemeinen Vertretungszwang und behandelte Prozeßfähigkeit und Verhandlungsfähigkeit als eins, als jus postulandi. Ulpian definiert dieses in l. 1,2 D. de postulando 3,1 wie folgt: Postulare est desiderium suum vel amici sui in jure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere: vel alterius desiderio contradicere. Vom jus postulandi waren in ihrem Interesse nach dem prätorischen Edikte (vgl. Ulpian 1 D. 3,1) vollständig ausgeschlossen:

a) Minderjährige unter 17 Jahren,

b) Taube.

Zwar für sich, aber nicht für andere konnten postulieren: Frauen, Blinde, gewisse Infame (exceptio cognitoria).

2. Prozeßbeistände und Prozeßvertreter.

Der Beistand handelt nur neben der Partei (anwaltmäßig). Der Vertreter handelt aber anstelle der Partei (parteimäßig).

Von Beiständen unterschied man zur Zeit der Republik:

a) oratores (Cicero), patroni,

b) advocati (Juristen).

In der Kaiserzeit sprach man nur noch von advocati. Die Advokatur wurde zum Gewerbe, während vorher infolge der lex Cincia 204 v. Chr. die Annahme von Honorar verboten war. Verboten war nur noch unter Justinian (527—567):

a) pactum de palmario (besondere Vergütung für das Gewinnen eines Prozesses),

b) pactum de quota litis (Ausbedingung eines Teils des Streitwerts als Honorar).

Die Vertretung in Prozessen war ursprünglich eine beschränkte. Ganz ausgeschlossen war sie[1]) zur Zeit des Legisaktionen-Prozesses für das Verfahren in jure, zulässig nur in judicio. Ausnahmsweise war Vertretung auch in jure zulässig, ja notwendig, besonders

a) bei actiones populares (z. B. die actio de posito vel suspenso, die actio de effusis vel dejectis im Fall der Tötung eines Freien), bei denen jeder als actor pro populo das öffentliche Interesse wahrnehmen durfte;

b) bei actio pro libertate, bei der ein assertor libertatis für den in der Freiheit Bedrohten auftreten mußte;

---

[1]) Vgl. Gajus 4,82.

c) im Falle, daß der Beklagte erst durch manus injectio gezwungen worden war, vor den Prätor zu folgen: für ihn konnte dann nur ein vindex den Prozeß führen.

Zur Zeit des Formular-Prozesses unterschied man drei Arten von Prozeßvertretern:

a) den cognitor,

b) den procurator,

c) den defensor.

a) Der cognitor (Gajus 4,83) wurde feierlich in jure und coram adversario bestellt und ist unmittelbarer Vertreter, domini loco, daher nicht dominus litis, was der Vertretene blieb, dessen Klagerecht durch die litis contestatio des cognitor (aber nicht auch des procurator, s. d.) konsumiert wurde.

Da jedoch die litis contestatio wie jede stipulatio grundsätzlich keine Vertretung zuließ, so war die Prozeßvertretung nur so möglich, daß der cognitor in eigenem Namen (gegen das Prinzip der unmittelbaren Stellvertretung) mit der Gegenpartei die litis contestatio vornahm, was zur Folge hatte, daß auch die condemnatio für und gegen den cognitor ging[1]); trotzdem richtete sich die actio judicati (Zwangsvollstreckung) gegen den Vertretenen (dominus), aus dessen Person und Recht auch die intentio genommen war und der auch seinerseits (nicht der cognitor, wie andererseits aber der procurator) die cautio judicatum solvi als Beklagter auf Erfordern zu stellen hatte (NB. die cautio judicatum solvi war eine stipulatio „praetoria“ „judicialis“).

b) Der procurator (Gajus 4,84) wurde im Gegensatz zum cognitor formlos, wenn auch zweckmäßigerweise

---

[1]) Unrichtig Schulin, Römische Rechtsgeschichte, S. 528, wonach das Urteil auf des Vertretenen Namen ging, aber richtig S. 558.

praesens (coram adversario) oder apud acta (zu gerichtlichem Protokoll) bestellt; trat er ohne genügende Kundmachung und ohne ausreichender Ausweis (Vollmacht) als Vertreter auf, so mußte er auf Erfordern die cautio rem ratam haberi leisten.

Der procurator handelte im Gegensatze zum cognitor von vornherein im eigenen Namen als nur mittelbarer Stellvertreter, nicht bloß die condemnatio ging für und gegen ihn, sondern auch die actio judicati (Zwangsvollstreckung), wie er auch seinerseits als Vertreter des Beklagten die cautio judicatum solvi zu stellen hatte; andererseits wurde durch seine litis contestatio, die er nicht bloß im eigenen Namen, sondern auch für eigene Rechnung vornahm, das Klagerecht des Vertretenen nicht konsumiert (er war dominus litis), weshalb er als Kläger auch auf Erfordern die cautio neminem amplius de ea re acturum zu stellen hatte.

Den Prokuratoren wurden durch das prätorische Edikt offiziell gleichgestellt: tutores, curatores, actores (syndici) von Kollegien.

c) Der **defensor** war ein Vertreter, der sich nicht bloß über einen Auftrag nicht ausweisen konnte, sondern der auch — wenigstens vorläufig — keinen Auftrag hatte, der also als negotiorum gestor handelte. Defensoren für den Beklagten wurden allgemein zugelassen, für den Kläger nur bei mandatum praesumtum (z. B. der Ehemann für seine Frau). Im übrigen galt für den defensor dasselbe wie für den procurator.

In der Kaiserzeit entwickelte sich das Vertreter-Verhältnis dahin, daß die procuratores praesentes oder apud acta facti sowie **gesetzliche** Vertreter allmählich wie cognitores behandelt wurden, und unter Justinian (527—67) hatte die Prozeßführung durch jeden Bevollmächtigten dieselbe Wirkung, wie wenn der Vertretene selbst

den Prozeß führte, in Übereinstimmung mit der heutigen Sachlage.

Zweiter Abschnitt.

Der Legisaktionen-Prozeß.

§ 106. Allgemeines.

Unter actio versteht man die prozessuale Grundlage für das prozessuale Verfahren; im einzelnen versteht man darunter noch das Klagebegehren, das Verfahren selber, das Klagerecht.

Unter legisactio versteht man die feierliche, an eine lex der XII Tafeln sich anlehnende, teilweise von symbolischen Handlungen begleitete Wort-Formel (im Gegensatz zur Schrift-Formel des späteren Formularprozesses) festbestimmten Inhalts (auch das geringste Abweichen von den verba solemnia hatte Rechtsverlust zur Folge), bestimmt, die Tätigkeit des Prätors zu veranlassen (das do, dico, addico). Bevor die Parteien aber das lege agere selber vornehmen konnten, fand eine allgemeine Erörterung statt.

Die legisactio wie überhaupt die actio hatte im römischen Rechte eine ganz andere Bedeutung als heute die Klage. Eine Klage kann heute jeder anstellen, der ein Recht hat. Wer ein Recht hat, hat heute auch die Möglichkeit, bei Verletzung dieses Rechts ohne weiteres zu klagen.[1])

Umgekehrt war dies im römischen Rechte. Dort galt die Anschauung: Keine actio, kein Recht. Dies ist unbestritten. Wie aber die Römer zu der Anschauung, zu dem Satze: Keine actio, kein Recht gekommen sind, das ist trotz seiner hohen Wichtigkeit bis heute kaum

---

[1]) Näheres über den Gegensatz bei Jhering II. S. 656 ff.

beantwortet worden. Nur Jhering, neben Mommsen der bedeutendste Interpret römischen Wesens, streift diese Frage auf S. 636 l. c. Um die Frage zu beantworten, muß etwas weiter ausgeholt werden.

Die ganze Entwicklung des römischen Staatswesens in älterer Zeit und insbesondere des Rechtswesens wurde bestimmt durch den Kampf zwischen Plebejern und Patriziern um die Macht. Schritt für Schritt mußten sich die Plebejer die erstrebte Gleichberechtigung mit den Patriziern erkämpfen.

Ein Machtmittel von besonderer Bedeutung in der Hand der Patrizier waren Rechtspflege und Gerichtsbarkeit. Es besteht kein Zweifel, daß die pontifices (bis zur lex Ogulnia 300 v. Chr. ausschließlich Patrizier) lange Zeit auf die Rechtspflege einen besonderen Einfluß hatten. Unklar ist nur, wieweit sie selber Gerichtsbarkeit ausgeübt haben. Jhering l. c. I S. 297/99 bezeichnet die pontifices als die „geborenen Schreibmeister und Notare der Nation“ und stellt hieran anschließend den ältesten Prozeß als Werk der pontifices hin; er sei nichts anderes gewesen, als der Prozeß am geistlichen Schiedsgericht in der Form der legis actio sacramento.[1])

Das Recht in Priesterhänden ist wie alles in Priesterhänden etwas Geheimes. Es wurde — natürlich nicht ohne die Absicht der pontifices — eine Spezialwissenschaft derselben, zu welcher nur Patrizier Zugang hatten.[2])

---

[1]) Bedingt zustimmend Karlowa, Röm. Rechtsgesch. I. S. 274; vergl. auch Esmarch, Röm. Rechtsgesch. S. 85. Vor dem geistlichen Schiedsgericht wurde nur entschieden, cujus sacramentum justum sit cujus injustum, alles weitere besorgte der Jurisdiktionsmagistrat: der Konsul, später — seit 366 — der Prätor.

[2]) Vgl. l. 2,35 D. 1,2 und die treffenden Ausführungen Jherings l. c. S. 391 ff. gegen Puchta.

Das im Volke hierdurch entstehende Gefühl der Unsicherheit führte nach längerem Widerstande der Patrizier zu dem Plebiszit, die Gesetze aufzeichnen zu lassen. Nur Patrizier gehörten der ersten Redaktions-Kommission an und man half sich gegenüber dem unbequemen Plebiszit vorläufig mit dilatorischer Behandlung, indem man Männer nach Griechenland zum Studium des dortigen Rechts entsandte. Es besteht heute kaum noch ein Zweifel, daß von griechischem Rechte in den XII Tafeln so gut wie nichts zu finden ist.[1]) Die dilatorische Behandlung zeigt sich ferner darin, daß die Patrizier es nach Abfassung von X Tafeln für nötig hielten, noch weitere zu schaffen, sowie endlich darin, daß die Dezemvirn — natürlich ganz im Einverständnis mit ihren Standesgenossen, den Patriziern — schließlich gar nicht abdanken wollten, vielmehr erst eine secessio „plebis“ — Staatsstreik der Plebejer — in montem Aventinum nötig wurde (449 v. Chr.).

Mit den XII Tafeln hatte man nun zwar ein öffentlich bekanntes Recht; neben den Gesetzen gibt es aber eine Interpretation derselben und diese behielten gewohnheitlich die pontifices bis auf weiteres: es entstand das jus civile (l. 2,5 D. 1,2). Ja, weiter noch entstand eodem fere tempore (l. 2,6 D. 1,2) ein eigenartiges zivilprozessuales Verfahren, es entstanden die actiones, speziell legis actiones[2]), die sich in formeller Weise an die leges der XII Tafeln anlehnen mußten und ohne das Mittel pontifizischer Interpretation nicht

---

[1]) Schulin freilich, Röm. Rechtsgesch. S. 94, findet das Gegenteil glänzend bestätigt. Vgl. S. 59.

[2]) Wenn man überhaupt schon vor den XII Tafeln von legis actiones als Klagformeln sprechen kann, dann muß dies jedenfalls in einem anderen Sinne geschehen, als für die Zeit nach den XII Tafeln. Vgl. hierzu ganz besonders Ihering II. S. 599 ff. im Gegensatz zu Karlowa l. c. S. 477.

aufgestellt werden konnten. In dieser Richtung wirkte der patrizische Einfluß auf die Rechtsprechung, wahrscheinlich auch schon auf die Gesetzgebung der XII Tafeln ein, die wohl schon eine Stütze boten für den Satz: Keine actio, kein Recht, und die Legisaktionen wurden, wie vorher das Recht, Priestergeheimnis.

Indem nunmehr die Legisaktionen Geheimnis waren, blieb damit auch das Recht trotz der Aufstellung der XII Tafeln in foro Romano für die plebs weiter ein Geheimnis, wobei man sich noch vergegenwärtigen muß, daß bis ca. 120 v. Chr. auch die judices (Laienrichter) ausschließlich aus dem Stande der Senatoren genommen wurden.[1])

Die Anschauung, der Satz: Keine actio, kein Recht ist somit dem Bestreben der Patrizier entsprungen, sich die Jurisdiktionsgewalt zu erhalten, wie sie zu demselben Zwecke später im Jahre 366 bei Zulassung der Plebejer zum Konsulate für die Jurisdiktion einen neuen patrizischen Magistrat, den Prätor durchsetzten.

Der Satz: Keine actio, kein Recht, mit der gleichzeitigen Geheimhaltung der Aktionen ist nach allem nicht, wie aus Ihering II S. 636 zu entnehmen ist, entstanden gemäß dem Zuge der Zeit, sondern entgegen dem Zuge der Zeit der XII-Tafelgesetzgebung, der Recht und Rechtsprechung als ein Gemeingut der Gesamtheit des Volkes erstrebte.

Es soll im Anschluß hieran gleich darauf hingewiesen werden, daß, je mehr die Plebejer allmählich zu den Staatsämtern gelangten, auch die von den Patriziern geübte Heimlichkeit der Jurisdiktion (nicht gerade als Mittel der Willkürübung, sondern vielmehr der Machterhaltung) Abbruch erlitt. Schließlich wurde dem reform-

---

1) Allerdings hatten seit Einführung der Konsulartribunen, die auch Plebejer sein konnten, auch Plebejer Zugang zum Senat.

freundlichen Zensor Appius Claudius im Jahre 304 v. Chr. das ganze von ihm für seinen Gebrauch schriftlich fixierte Legisaktionen-System zugleich mit einem Gerichtskalender, dessen Prinzip bekanntlich ebenfalls geheim war, von seinem Sekretär Flavius entwendet (wider Willen des Appius?) und veröffentlicht (jus Flavianum), et adeo gratum fuit id munus populo, ut (Flavius) tribunus plebis fieret et senator et aedilis curulis, wiewohl er nur der Sohn eines Freigelassenen war (2,7 D. 1,2).

§ 107. Das Verfahren im Legisaktions-Prozeß.

Das Verfahren wurde vorbereitet, indem der Gegner mündlich und persönlich, am rechten Orte und zu rechter Zeit in jus voziert wurde. Folgte er nicht freiwillig, dann erfolgte Zeugen-Aufruf und gewaltsame Vorführung vor den Prätor (manus injectio). Später konnte der Beklagte an seiner Stelle einen vindex (Stellvertreter, Bürgen) zum Prätor schicken.

Das Verfahren zerfiel in zwei von einander scharf getrennte (Cäsur!) Abschnitte:

a) in das Verfahren in jure vor dem magistratus (Prätor), der den Prozeß instruierte und die actio gab[1]) und

b) in das Verfahren in judicio vor dem judex bezw. den decemviri oder centumviri.

a) Im Verfahren in jure fand zunächst eine allgemeine Erörterung (peroratio) statt. Dann entschied sich der Prätor, ob er die Parteien zum lege agere

[1]) Es ist hier die spätere Entwicklung vorweggenommen; der Prätor kam ja erst 366 v. Chr. auf und die Legisaktionen wurden ursprünglich von den pontifices gegeben (an den Konsul als judex?).



zulassen oder denegatio eintreten lassen sollte. Im ersteren Falle folgte die legis actio, deren Schluß stets die litis contestatio bildete. Darauf verwies der Prätor die Sache je nach Zuständigkeit entweder an ein Kollegialgericht (decemviri, centumviri) oder er gab einen judex und zwar fand die Ernennung des judex nach der lex Pinaria (472 v. Chr.?) erst in einem 2. Termine 30 Tage nach dem lege agere statt.[1]) Kollegialgericht wie Einzelrichter waren immer Laien.

War das Verfahren in jure nicht mit einem Termine beendet, dann konnte der Kläger vom Beklagten ein vadimonium (prätorische Zwangsstipulation) pure oder cum satisdatione (Stellung von Bürgen = vades) dahin verlangen, daß er auch im weiteren Termine vor dem Prätor erscheinen werde.[2])

b) **Das Verfahren** in judicio begann mit einer kurzen Sacherörterung (causae conjectio) in Anwesenheit der Zeugen der Litiskontestation; dann folgte die eigentliche Verhandlung und die Beweisaufnahme (causae probatio). Sobald die Sache dem Richter genügend aufgeklärt schien und er sich eine Überzeugung gebildet hatte, erließ er die sententia, das Urteil, eventuell nach vorgängigem Gehör und nach Beratung mit einem „Rechtsgelehrten". Gelangte er auch dann noch nicht zu einer Überzeugung und schwur er: rem sibi non liquere, dann erfolgte translatio judicii[3]) an einen anderen judex.

---

[1]) Vgl. Gajus 4,15.

[2]) Etwas entfernt Ähnliches ist das heutige landgerichtliche Vorverfahren in Rechnungssachen Z.P.O. §§ 848 ff.; der § 851 schließt sich aber den Sätzen an: contumax confitetur, qui tacet consentire videtur.

[3]) Eine solche translatio judicii gibt es noch heute in England, m. W. aber nur in Strafsachen.

Hatte der Beklagte schon in jure das Recht des Klägers, nicht einzelne Tatsachen, zugestanden (confessio in jure), dann kam es nicht erst zu einem judicium, denn in jure confessus pro judicato habetur.

Wie ersichtlich, war die Litiskontestation für die Erledigung des Rechtsstreits von besonderer Bedeutung. Sie fand statt, indem die Parteien Zeugen ihres Streites aufriefen (testes estote), es spielte sich ja alles in der Öffentlichkeit des Forum ab. Hierbei legte der Prätor kurz die Sache dar. Durch die Litiskontestation wurde die res, de qua agitur, in judicium deducta. Obligatio und actio waren mit der Litiskontestation durch novatio necessaria konsumiert, an ihre Stelle war ein Anspruch auf condemnari (sc. reum) oportere getreten mit der Wirkung, daß dieselbe Klage nicht noch einmal erhoben werden konnte (bis de eadem re ne sit actio).

Das Klagebegehren konnte wie durch Exzeptionen so auch durch eine pluspetitio alteriert werden.

Unter exceptio versteht man heute eingewendetes Gegenrecht, Einrede im engeren Sinne (im kanonischen Rechte exceptio juris genannt) im Unterschiede von der Einwendung von Tatsachen rechtshindernder, rechtshemmender oder rechtsaufhebender Art gegen das Recht des Gegners (z. B. Zwang unter gewissen Umständen, Suspensivbedingung, bereits geschehene Erfüllung gegenüber Klage auf Erfüllung — exceptio solutionis ist also keine eigentliche exceptio —); doch findet sich auch für diese Einwendungen die Bezeichnung exceptio (facti).

Soweit nun das Judizial-Verfahren in Frage kam, kannte man zur Zeit des Legisaktionen-Prozesses keine Exzeptionen. Über Einwendungen, Exzeptionen im allgemeinen Sinne, erkannte der Prätor in jure vorweg,

indem er bei Begründetheit denegatio (actionis) eintreten ließ. Hierbei muß man sich vergegenwärtigen, daß die ungewandte Rechtsanschauung älterer Zeiten Rechtsverhältnisse nur vom einseitigen Standpunkte des Erwerbers als des Berechtigten ansieht, nur einen Gläubiger und streng einseitige Verpflichtungen aufzufassen imstande ist.[1]) Entweder der Klaganspruch ist oder ist nicht: daher auch der teilweise Wettcharakter der Legisaktionen.

Von der exceptio zu unterscheiden ist die negative Litiskontestation: bloßes Bestreiten des Klaggrundes.

Pluspetitio lag vor, wenn Kläger mehr forderte, als er zu beanspruchen hatte; das Mehr konnte liegen

a) in causa, z. B. Nichtbeachtung des Wahlrechtes des Beklagten bei Alternativ-Obligationen,

b) in re, wenn sachlich zu viel gefordert war,

c) in loco, wenn am unrechten Orte gefordert war,

d) in tempore, wenn zu früh gefordert, geklagt war. Vgl. 33 J, 4,6.

Infolge des Wettcharakters, wie er insbesondere der legis actio sacramento und legis actio per condictionem zu grunde lag, mehr noch infolge des konsumierenden Charakters der Litiskontestation überhaupt (novatio necessaria) trat bei pluspetitio im Legisaktionen-Verfahren Verlust des Prozesses für immer ein. Später ließ der Prätor Milderungen durch in integrum restitutio zu.

---

[1]) Vgl. Ihering II. S. 549 „der Grundsatz der Einseitigkeit ist eins der Fundamentalprinzipien des älteren Rechts", z. B. sei bei der Manzipation nach dem „Grundsatz der Initiative" lediglich der Verkäufer verpflichtet, der Käufer lediglich berechtigt. Vgl. auch Ihering § 58.



§ 108. Arten der Legisaktionen.[1])

Die Legisaktionen konnten dienen

a) **der Einleitung eines Prozesses (prozessuale Legisaktionen):**

1. legis actio sacramento,
2. legis actio per judicis arbitrive postulationem,
3. legis actio per condictionem;

b) **der Zwangsvollstreckung (exekutorische Legisaktionen):**

1. legis actio per manus injectionem,
2. legis actio per pignoris capionem;

c) **der Eingehung eines Rechtsgeschäfts, und zwar im Falle der** in jure cessio. **Es galt, wahrscheinlich auf Grund der** 12 **Tafeln, der Satz:** confessus pro judicato habetur, **Veräußerer und Erwerber gingen nun mit der Sache zum Prätor, es kam zum Scheinprozeß** (imaginaria vindicatio), **indem der Erwerber die Sache als die seine erklärte und beanspruchte, der Veräußerer dies als richtig zugestand (ausdrücklich oder durch Schweigen); dann schritt der Prätor ohne weiteres** in jure **zur** addictio.

§ 109. Die prozessualen Legisaktionen.

1. **Die** legis actio sacramento **war die** legis actio generalis **für alle Ansprüche, die auf ein** certum **gingen** (certa res **oder** certa pecunia) **und auf** strictum jus **beruhten (Gegensatz: Das auf Berücksichtigung von** aequum et bonum, **Treu und Glauben, gegründete** jus

1) Vgl. Gajus 4,12.

honorarium des Prätors, das derselbe im Anschluß an das jus gentium hauptsächlich mit dem Mittel der exceptio schuf). Sie ging entweder in rem oder in personam.

Das Verfahren in jure bei der legis actio sacramento in rem zeigte folgende Besonderheiten:

a) die Sache oder bei Grundstücken eine Scholle wurde vor den Prätor gebracht, allgemeine Erörterung, alsdann, falls keine denegatio oder keine confessio erfolgte, ließ der Prätor[1]) die Parteien lege agere; dasselbe bestand

b) in vindicatio und contravindicatio; jeder beanspruchte die Sache unter Berührung derselben für sich, darauf

der Prätor: mittite ambo (hominem),
der Kläger: quando tu injuria vindicavisti, D. aeris sacramento te provoco,
der Beklagte: similiter et ego te.

Kläger und Beklagter gingen also in jure eine Wette ein und über diese wurde direkt in judicio entschieden, nur indirekt über das eigentliche Streitobjekt.

Die Wettsummen (sacramentum) wurden beim Tempelvogt deponiert und diejenige des Verlierenden fiel, gewissermaßen als Gerichtsgebühr, an den Tempel; später wurde sie unter Bürgenstellung einfach versprochen und fiel an den Staat.

c) Litispendenz. Während des lis pendens stellte der Prätor den Besitzstand einstweilen fest, indem

---

[1]) Es wird auch hier der spätere Rechtszustand zu Grunde gelegt, wie er bei Gajus 4,16 geschildert ist. Jhering (I. S. 299) betrachtet für die Zeit vor Einführung des Prätors die legis actio sacramento als den Prozeß vor dem geistlichen (pontifikalen) Schiedsgerichte.

er die Sache einer der Parteien überließ, wogegen diese praedes litis et vindiciarum zu stellen hatte.

Das Verfahren in jure bei der legis actio sacramento in personam hat folgende Hauptmomente:

a) Auf eine allgemeine Erörterung folgte das lege agere:
   a) Rechtsbeanspruchung des Klägers (intentio),
   b) Rechtsverneinung des Beklagten (negatio),
   c) sacramento provocatio;
b) litis contestatio;
c) in einem 2. Termine judicis datio.

Für das Verfahren in judicio bei der legis actio sacramento ist nur nochmals hervorzuheben, daß die sententia des judex praejudicialis war und dahin ging, utrius sacramentum justum utrius injustum sit.

2. Die legis actio per condictionem war ein gegenüber der legis actio sacramento vereinfachtes Verfahren für actiones in personam stricti juris, die auf certa pecunia ging und durch eine lex Silia (247 v. Chr.?) eingeführt war. Durch eine lex Calpurnia wurde sie für jede certa res anwendbar erklärt und hieß dann condictio triticaria.

Das Verfahren vollzog sich hier in der Weise, daß die Gegner einfach vor dem Prätor ansagten (condictio), daß sie am 30. Tage zur judicis datio wieder erscheinen würden.[1])

An Stelle des sacramentum nahm man vor sponsio et restipulatio tertiae partis des Verlierenden an den Sieger, aber nur bei certa pecunia, nicht auch bei Personal-Ansprüchen auf certa res.

---

[1]) Gajus 4,18.

3. Die legis actio per judicis arbitrive postulationem ist uns in ihrem Wesen noch weniger klar als die anderen Legisaktionen. Der Grund liegt darin, daß das betreffende Blatt der institutionum libri quattuor des Gajus (150 n. Chr.), aus denen allein der Legisaktionen-Prozeß mangelhaft bekannt ist, verloren gegangen ist. Vermutet wird, daß sie nur für actiones in personam — also wie die legis actio per condictionem galt, aber nicht bloß für stricti juris, sondern vor allem auch für bonae fidei actiones, also eine Überleitung zum Formularprozeß bildete.

§ 110. Die exekutorischen Legisaktionen.

1. Die legis actio per manus injectionem[1]) war kein Klageverfahren, wohl aber ein zivilprozessuales Verfahren, sofern man unter Zivilprozeß auch die Zwangsvollstreckung, der die manus injectio diente, versteht.

Sie setzte einen vollstreckbaren Titel voraus, also ein judicatum oder confessio in jure (confessus pro judicato habetur); quasi judicatus war ferner der aus den altrömischen Rechtsgeschäften nexum und Damnationslegat Verpflichtete (ähnlich wie guarantiguierte Urkunden im Mittelalter vollstreckbare Titel waren), endlich war quasi iudicatus derjenige, welcher nicht vor den Prätor folgen wollte, da hierin eine stillschweigende confessio gefunden wurde. Auch der zahlende Bürge bezw. Mitbürge hatte eine manus injectio gegenüber dem Schuldner bezw. Schuldner und Mitbürgen.

Verfahren: Der manus injectio extra ius folgte eine manus injectio in jure vor dem Prätor. Mit der

---

1) Gajus 4,21—25; vgl. hierüber auch Jhering I S. 152 ff.

manus injectio verlor der Schuldner das Recht, sich selbst zu verteidigen. In jure waren zwei Möglichkeiten:

a) entweder zahlte der Schuldner oder ein anderer für ihn, oder

b) ein anderer — vindex — übernahm seine Verteidigung, was aber nicht leicht erfolgte, da der vindex bei ungünstigem Ausgange in duplum verurteilt wurde. Der vindex mußte seinerseits entweder einen Sakramentsprozeß anstrengen, in welchem er die Unrechtmäßigkeit des Gläubigeranspruchs zu beweisen hatte, oder er mußte ein etwa schon vorliegendes Urteil (judicatum) anfechten.

Erfolgte weder Zahlung noch Zwischentreten eines vindex, so durfte der Gläubiger den Schuldner mit sich führen, secum ducito (XII Tafeln), in Schuldhaft nehmen. Waren alsdann weitere 60 Tage vergangen, ohne daß nachträglich Zahlung erfolgte oder sich ein vindex des Schuldners annahm, dann wurde er getötet oder trans Tiberim, in die Knechtschaft verkauft.

Später traten Milderungen ein, indem eine lex Vallia zuließ, daß der Schuldner sich selbst verteidigte (manus injectio pura), außer natürlich beim judicatum, und eine lex Poetelia Fesselung, Tötung und Verkauf verbot, „bona creditoris non corpus obnoxium esset“ (dem Gläubiger sollte nur das Vermögen des Schuldners verhaftet sein, nicht auch Leib und Leben).

Mit Einführung des Formularverfahrens wurde die manus injectio ganz aufgehoben.

2. Die legisactio per pignoris capionem[1]) wird vielfach nicht als reine legisactio angesehen, weil sie auch extra jus, auch gegen Nicht-Anwesende und an

[1]) Gajus 4,26—29.

einem dies nefastus erfolgen konnte. Sie war eine Art Privatpfändung z. B. bei rückständigem Solde, bezw. eine Art Verwaltungszwangsverfahren der publicani wegen rückständiger Steuern.

(Vgl. das Privatpfändungsrecht im deutschen Rechte, besonders bei Grundstücksschädigungen; vgl. § 229 B.G.B. und Art. 89 E.G. z. B.G.B.)

Anhang.

§ 111. Das Sponsionsverfahren.

Das Sponsionsverfahren war zu einer Zeit, wo eine formula petitoria noch nicht bestand, ähnlich wie die legis actio per condictionem für Ansprüche in personam eine Vereinfachung der legis actio sacramento in personam war, gegenüber der legis actio sacramento in rem eine Vereinfachung für Durchführung dinglicher Ansprüche.

Übereinstimmend fand auch in jure nicht die Festsetzung eines sacramentum[1]) statt, sondern sponsio et restipulatio tertiae partis des Unterliegenden an den Sieger. Später wurde von wirklicher Zahlung der Wettsumme abgesehen, da es den Parteien ja nur auf Entscheidung ihres Haupt-Anspruchs ankam.[2]) Immer

[1]) Karlowa I. S. 274 meint, daß damit der Übergang — sacramentum als Eid übersetzt — vom geistlichen, pontifikalen Gerichte, von dem Ihering spricht, auf private iudices als gegeben angenommen werden könne.

[2]) Bei Gajus 4,93–95 ist bereits das spätere Verfahren geschildert: Non tamen haec summa sponsionis exigitur: non enim poenalis est sed praejudicialis et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur; unde etiam is cum quo agitur non restipulatur (zu Gajus' Zeit war also die restipulatio weggefallen).

aber hatte der judex, an den die Sache ging, nur über die Wette zu entscheiden, womit er freilich incidenter über das Bestehen des Rechts entschied.

Seinem Wesen nach diente das Sponsionsverfahren wie die legis actio per judicis arbitrive postulationem der Überleitung zum Formular-Verfahren.

Dritter Abschnitt.

Der Formular-Prozeß.

§ 112. Allgemeines.

Der Legisaktionen-Prozeß wurde mit der Zeit unbeliebt.[1] Die lex Aebutia (200 v. Chr. oder zur Zeit Ciceros 60 v. Chr.?) führte zunächst für persönliche Ansprüche an Stelle der bis dahin gebräuchlichen legis actio per condictionem das Verfahren per formulas ein.

Eine Zeit lang bestand also eine Zweiheit:

legisactio für Ansprüche in rem,

formula für Ansprüche in personam.

Dieser Zustand dauerte bis zu den leges Juliae judiciariae (25 v. Chr.), durch welche das Formular-Verfahren auch für Ansprüche in rem eingeführt wurde. Für einzelne vor das Zentumviralgericht gehörige Klagen blieb aber das Legisaktionen-Verfahren weiter bestehen, z. B. für die hereditatis petitio und die querela inofficiosi testamenti.

Der Formularprozeß war für die freiere Entwicklung des römischen Rechts von großer Bedeutung. Während, wie wir früher gesehen haben, sich unter dem Einflusse patrizischer Rechtsbildung im Kampfe um die

---

1) Vgl. Gajus 4,80.

Jurisdiktionsgewalt der Satz gebildet hatte: Keine actio, kein Recht, unter gleichzeitiger Geheim-Aufstellung von Legisaktionen, gewann, nachdem durch das Vordringen der Plebejer zum Konsulat und zur Prätur das Jurisdiktionsprivilegium der Patrizier so wie so gebrochen war, auch die Rechtsanschauung die Oberhand, daß jeder, der ein Recht hat, auch ein Mittel haben müsse, dieses Recht durchzusetzen.

Wesentlich diese Anschauung war es, die zum freieren Formular-Verfahren führte, das dem Prätor die Möglichkeit gab, in weitgehendem Maße immer neue Aktionen und Exzeptionen zu bilden und dadurch jedem Rechte den entsprechenden Schutz zu gewähren.

Die Richtung, in welcher der Prätor diese Möglichkeit ausnutzte, ging dahin, daß das beim Peregrinen-Prätor gesprochene jus gentium mit seinem aequum et bonum, welches bei jenem als einem jus naturale[1]) in Anbetracht der vielen Rechtsverschiedenheiten der verschiedenen gentes naturgemäß eine große Rolle spielte, auch für die Rechtsprechung des praetor urbanus hohe Bedeutung gewann. Die Folge war eine Umgestaltung des alten und starren jus civile und Entstehung eines neuen Rechts: jus honorarium, praetorium. [7 D. 1,1 (Papinianus): Jus praetorium est, quod praetores introduxerunt adjuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam, quod et honorarium dicitur . . . .]. Daß sich trotz des jährlichen Wechsels der Jurisdiktionsmagistrate ein solches jus honorarium bilden konnte, beruht auf dem jus edicendi: dem Rechte insbesondere des Prätors, bei Beginn seiner Tätigkeit die Grundsätze, nach denen er Recht geben wollte, zu veröffentlichen. Dieses jus edicendi wurde gewohnheitlich zu einem officium; das

---

[1]) Vgl. 9 D. 1,1.

Programm des Prätors hieß edictum. Der nachfolgende Prätor adoptierte nun aus dem Edikte seines Vorgängers diejenigen Sätze, welche sich bewährt hatten (edictum tralaticium) und fügte hinzu, was inzwischen Bedeutung erlangt hatte. Da die Rechtsanschauung „jedem Recht ein Klagmittel“ zwar materiell die herrschende geworden war, in formeller Beziehung aber der einmal eingewurzelte Satz „wer keine actio hat, hat auch kein Recht“ weiter Kraft behielt, bestand auch das edictum nicht aus einer Zusammenstellung von Rechtssätzen, sondern aus einer Zusammenstellung von actiones, exceptiones und anderen prozessualen Mitteln.

Insofern die Ediktsmasse in der Hauptsache von einem zum anderen Prätor unverändert übernommen wurde, bildete sich tatsächlich ein edictum perpetuum. Dieses perpetuierliche Edikt wurde 129 n. Chr. unter Hadrian unabänderliches (d. h. durch den Prätor nicht mehr zu änderndes) Gesetz, also auch rechtlich perpetuum.[1])

Gegensätze zwischen Legisaktionenprozeß und Formularprozeß waren:

1) Die legisactio war eine Wort-Formel; die formula war eine Schrift-Formel.
2) actiones wurden im Gegensatz zu legisactiones beliebig gebildet.
3) Die Exzeptionen gewannen Eingang auch in das Judizialverfahren.
4) Bei der größeren Freiheit, Selbständigkeit und Verantwortlichkeit des judex gewann auch die tuitio praetoris (die Oberleitung des Prätors über das ganze Verfahren) gegenüber dem officium judicis erhöhte Bedeutung (judex immer Laienrichter).

---

1) Redaktor war Salvius Julianus.

5) (Formula und) judex wurden im Formularprozeß gleich im ersten Termine (nicht erst 30 Tage nach dem ersten Termine) gegeben; dies ist bestritten.

6) Der Zeugenaufruf bei litis contestatio erübrigte sich, weil die Schrift-Formel des Prätors genügenden Ausweis über die Sachlage gab.

Übereinstimmung mit dem Legisaktions-Verfahren blieb in der scharfen Trennung (Zäsur)[1] von

1) Verfahren in jure: instruierende Prätor,

2) Verfahren in judicio: vor einem Laienrichter,

und ferner in den allgemeinen Grundsätzen: Verhandlungsmaxime (Gegensatz: Inquisitions-Maxime), Parteibetrieb (Gegensatz: Offizialbetrieb), Mündlichkeit der Verhandlung, freie Beweiswürdigung, Öffentlichkeit, Eventual-Maxime.

§ 113. Die formula und ihre Bestandteile.

Man unterscheidet bei der Formel Haupt- und Nebenbestandteile.

A. Hauptbestandteile der Formel waren:[2])

1) judicis datio, 2) demonstratio, 3) intentio, 4) condemnatio, 5) adjudicatio.

Wesentliche Hauptbestandteile, welche bei allen Formeln vorhanden sein mußten, waren judicis datio und intentio.

Nur diese waren bei den actiones praejudiciales (Feststellungsklagen); diese hatten insbesondere

---

[1]) Im gemeinen Prozesse wurde eine Zäsur durch das Beweisinterlokut herbeigeführt.

[2]) Vgl. Gajus 4,39.

keine condemnatio, da kein Beklagter da war, sondern statt ihrer eine pronuntiatio, die gegen jedermann in rem wirkte, sie waren daher actiones in rem.

Die Hauptbestandteile der actiones certae waren judicis datio, intentio und condemnatio, aber nicht demonstratio. Eventuell fand hier auch keine condemnatio (die immer auf Geld ging = pecuniaria) statt, nämlich wenn Beklagter bei der actio certa als actio arbitraria dem seitens des judex an ihn ergehenden arbitratus (Mahnung), die Sache selber zurückzugeben, Folge leistete.

Die actiones incertae enthielten judicis datio, demonstratio, intentio, condemnatio.

Die 3 Teilungsklagen enthielten alle 5 Hauptbestandteile. Hierher gehören:

actio finium regundorum,

actio familiae herciscundae,

actio communi dividundo; sie gehörten, nebenbei bemerkt, zu den actiones duplices s. mixtae, in quibus uterque actor est, et rei (des Beklagten) et actoris partes sustinet.

Intentio. Gajus 4,41 definiert: intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit: rechtliche oder tatsächliche (bei den actiones in factum conceptae, die stets honorariae sind) Behauptung des Klägers, Klageanspruch, der Kern der actio.

Arten der intentio waren:

1) intentio certa (actio certa): der Anspruch ging auf einen nach Art und Umfang genau bestimmten Gegenstand,
2) intentio incerta,

3) intentio in jus concepta: die intentio stützte sich auf einen Satz des jus civile,
4) intentio in factum concepta: sie stützte sich lediglich auf Tatumstände.

Demonstratio. Sie war der Klagegrund und ging der intentio stets voran, sie gab die Entstehung des in der intentio enthaltenen Klageanspruchs an.

Die demonstratio kam nur bei den actiones incertae (die immer in personam gingen) vor und zwar auch nur so weit, als sie nicht in factum conceptae waren, denn bei letzteren kam der Tatbestand in die intentio. Eine demonstratio gab es also nur bei den in jus konzipierten actiones incertae.

Condemnatio (Vgl. Gajus 4,48ff.). Sie konnte anfangs nur auf Geld gehen. Ging die intentio auf etwas anderes als certa pecunia, so mußte der condemnatio eine litis aestimatio durch den judex vorhergehen und es lag dann der Fall einer condemnatio incerta — die aber schließlich certae pecuniae sein mußte — vor (condemnatio incerta also eventuell trotz intentio certa).

Dies änderte sich später. In den Fällen nämlich der actiones in rem und bei den actiones in personam dort, wo die intentio auf ein restituere oder exhibere (vorzeigen) ging, hatte einerseits vielfach der Kläger weniger am Gelde (auf das die condemnatio ging) als an der Sache ein Interesse, andererseits konnte es dem Beklagten vielfach nur angenehm sein, wenn er Geldzahlung durch Sachrückgabe 2c. vermeiden konnte, zumal bei gewissen Klagen auf restituere, z. B. bei der actio depositi, mit der condemnatio für ihn infamia eintrat (actiones famosae).

In diesen Fällen wies der Prätor den judex an, vor der condemnatio eine pronuntiatio (Vorbescheid)

zu erlassen, mit dem **arbitratus** (Mahnung) an den Beklagten, die Sachleistung selber zu bewirken. Die actio hieß dann **arbitraria**, das Verfahren arbitrium (als arbitria bezeichnete man auch — besonders früher — die actiones bonae fidei im Gegensatz zu denen stricti iuris; später verwischte sich letzterer Gegensatz und damit die entsprechende gegensätzliche Bezeichnung).

Kam der Beklagte dem arbitratus nach, so erfolgte keine condemnatio.

In der späteren Kaiserzeit wurde das arbitrium selber vollstreckbar (manu militari) wie die condemnatio.

Bei der späteren extraordinaria cognitio war die condemnatio nicht mehr rein pecuniaria, sondern ging ihrerseits **direkt** auf restituere, exhibere. (Bei Ansprüchen auf facere blieb selbst noch unter Justinian (527—565) die condemnatio eine pecuniaria.)

Die vornehmste actio auf restituere war die rei vindicatio. Sie lautete:

Octavius Judex Esto.[1]) Si paret, rem qua de agitur ex iure Quiritium Auli esse,[2]) neque ea res arbitratu tuo Aulo restituatur,[3]) quanti ea res erit, tantam pecuniam[4]) judex Numerium Negidium Aulo condemna[5]), si non paret absolve.

B. **Nebenbestandteile** (adjectiones) der formula waren, abgesehen von dem eben besprochenen arbitratus:

---

[1]) judicis datio.

[2]) intentio.

[3]) arbitratus.

[4]) pecuniaria (condemnatio).

[5]) condemnatio (actio certa, vgl. oben).

exceptio, praescriptio, compensatio, deductio, taxatio, clausula ex fide bona, fictio bei actiones ficticiae, interrogationes.

Der Zweck der Nebenbestandteile war, die Beweglichkeit und Deutlichkeit der Formel zu erhöhen, dem billigen Ermessen, der Berücksichtigung von Treu und Glauben (bona fides, aequum et bonum) Eingang in die Formel zu verschaffen.

1. Exceptio (replicatio, duplicatio). Während es im Judizial-Verfahren des Legisaktionen-Prozesses keine Exzeptionen gab, gewannen sie in demjenigen des Formular-Prozesses eine große Bedeutung. Die exceptio bildete hier die negative Bedingung (die Fassung konnte affirmativ sein) des Kondemnationsbefehls und folgte gleich hinter der intentio als der positiven Bedingung.

Mit dem Begriffe der exceptio verbindet man in spezieller Beziehung zu dem römischen Gegensatze von jus civile und jus gentium vorwiegend die Idee eines Befreiungsgrundes nach prätorischem Rechte im Widerspruch mit dem Zivilrecht. In dieser Beziehung waren, wiewohl exceptio der Idee nach Gegenrecht war, von Bedeutung die exceptiones in factum conceptae, die sich auf kein schon bestehendes jus (in jus conceptae), sondern allein auf die auctoritas des Prätors stützten.

Die exceptio kann ihrerseits wieder eine Einschränkung haben: die affirmativ wie die intentio gefaßte replicatio[1]), welche weiter auch ihrerseits eine Einschränkung, die wie die exceptio negativ gefaßte duplicatio[2]) haben kann u. s. w.

Eine sogen. exceptio in factum hinter einer intentio in factum ist nur eine weitere Umschreibung des factum

---

[1]) Gajus 4,126.
[2]) Gajus 4,127.



und ergibt erst mit der intentio zusammen die positive Bedingung der Kondemnation.

Arten der exceptio waren:

a) exceptiones civiles, beruhend auf jus civile, z. B. exceptio S. C. Macedoniani,

exceptiones praetoriae, beruhend entweder auf jus praetorium, wenn die exceptio praetoria als bereits ständig anerkannte in das Album (Edictum) der Prätoren Aufnahme gefunden hatte, oder beruhend im anderen Falle auf der auctoritas (imperium) des Prätors. Ein Beispiel für den ersten Fall ist die exceptio doli.

b) Im Anschluß hieran unterscheidet man:

exceptio in jus concepta (jus civile oder jus praetorium),

exceptio in factum concepta, sie kann immer nur eine prätorische sein, beruht auf der auctoritas praetoris; fand sie bei den Nachfolgern Anerkennung, dann wurde sie in das Album, in das jus praetorium aufgenommen und wurde von da ab eine exceptio in jus (praetorium) concepta.

c) exceptio in rem: gegen jeden,

exceptio in personam.

d) exceptio personae cohaerens, steht nur einem bestimmten Beklagten zu, exceptio competentiae,

exceptio rei cohaerens, steht einem jeden im selben Rechtsverhältnis (besonders Rechtsnachfolgern) zu,

e) exceptiones peremtoriae s. perpetuae, sie stehen für immer dem Kläger entgegen, z. B. die exceptio doli,

exceptiones dilatoriae s. temporales[1]), sie stehen

---

[1]) Vgl. Gajus 4,120.

augenblicklich, für Zeit entgegen; die Folge war aber, da plus petitio tempore vorlag, Abweisung und zwar, da die Litiskontestation durch novatio necessaria den Klageanspruch konsumiert hatte, Abweisung für immer; unter Umständen aber gewährte der Prätor in integrum restitutio. Hierher gehört die exceptio litis dividuae: war während einer Prätur zu wenig eingeklagt, dann konnte das Mehr erst in der nächsten Prätur eingeklagt werden, sonst lag plus petitio tempore vor und dagegen gab es die exceptio litis dividuae. Erst durch Kaiser Zeno (um 470 n. Chr.) wurde für den Fall der verfrühten Klage spätere Geltendmachung zugelassen.

Eine exceptio von besonderer Bedeutung war die exceptio doli. Sie lautete:

si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit[1]) neque fiat.[2])

Als dolus galt schon Klaganstellung mit Bewußtsein einer entgegenstehenden exceptio; später faßte man das „dolus fiat“ allgemein ohne Bezug auf den Kläger (A. A.) auf, auf dessen Bewußtsein es also dann nicht ankam und auf diese Weise sicherte sich der Beklagte mit der exceptio doli alle anderen exceptiones.

Bei den judicia bonae fidei enthielt die Formel schon an sich den Zusatz: ex fide bona, weshalb sich eine exceptio doli erübrigte: doli exceptio bonae fidei judiciis inest; damit ist aber nicht gesagt, daß bei diesen Aktionen nicht irgend welche Exzeptionen besonders prozessualischer Art wie die exceptio cognitoria, procura-

---

1) Exceptio doli specialis s. praeteriti } zusammen generalis genannt.
2) „ „ praesentis (generalis) }

toria, rei judicatae hätten in Anwendung gebracht werden können.

Die exceptio doli war für den Prätor mit ein Hauptmittel, um das jus civile umzugestalten; auf ihr beruht vornehmlich auch die Ausbildung der Retention und Kompensation.

Die Exzeptionen mußten sämtlich vom Beklagten bereits in jure geltend gemacht werden, so daß bezüglich ihrer eine Art Eventual-Maxime bestand. Andere Einwendungen konnten auch in judicio vorgebracht werden; doch mußten naturgemäß bei einer actio in factum tatsächliche Einwendungen bereits in jure vorgebracht werden, denn nur mit ihrer Berücksichtigung konnte ja der Prätor das factum und die actio in factum wirksam feststellen.

2. Praescriptiones.

Sie hatten verschiedene Bedeutung je nach der Art der actiones, bei deren Formeln sie in Anwendung kamen:

a) eine besondere Bedeutung hatten sie bei den actiones in factum (praescriptis verbis) der Innominat-Kontrakte, wo praescripta verba Ersatz für die demonstratio waren,
b) im übrigen unterschied man
   α) praescriptiones pro actore: z. B. wenn mit einer actio incerta auf mehrere Leistungen nur eine eingeklagt werden sollte, dann kam vor die formula eine praescriptio, die Einklagung der übrigen Leistungen vorbehielt, den Anspruch hierauf nicht durch die Litiskontestation konsumieren ließ (Einklagung der weiteren Leistungen aber erst in nächster Prätur).
   β) praescriptiones pro reo, besonders als prozeßhindernde Einreden (vor der Formel geschrieben,

später als exceptio hinter intentio), um Aussetzung des gegenwärtigen Prozesses bis zur Entscheidung einer wesentlichen Vorfrage zu bewirken, damit dieser nicht durch die gegenwärtige Entscheidung incidenter präjudiziert würde: z. B. praescriptio quod praejudicium hereditati non fiat für den Erbschafts-Prätendenten gegen den Erben bei Klage auf einzelne Erbschaftssachen.[1]) Die Sache wurde nicht durch Urteil (condemnatio), sondern durch Beschluß (pronuntiatio) erledigt.

3. Compensatio. Eine Einrede der Kompensation gab es nicht. Eine Kompensation wurde auf indirektem Wege wirksam gemacht, indem der judex in der Klausel ex fide bona bei den judicia bonae fidei und in der eventuell erhobenen exceptio doli bei den judicia stricti juris eine Handhabe hatte, Kompensation eintreten zu lassen, man spricht hier von fakultativer Kompensation.

Notwendig war die Kompensation in folgenden Fällen:

1) der argentarius (Bankier) konnte nur auf den Kontokorrent-Saldo klagen; actio cum compensatione mit entsprechender Klausel in der intentio, bei deren Fehlen pluspetitio mit ihren Folgen vorlag.[2])
2) Der gegen den Schuldner des Gemeinschuldners klagende bonorum emptor konnte nur cum deductione agere[3]), d. h. er mußte sich die Kompensation von Gegenforderungen des Schuldners

[1]) Damit wurde der klagende Erbe auf Anstellung der hereditatis petitio als universaler Klage über das Erbrecht verwiesen. Gajus 4,$_{133}$.

[2]) Gajus 4,$_{64}$.

[3]) Gajus 4,$_{65.66}$.



gegen den Gemeinschuldner gefallen lassen, und zwar selbst dann, wenn diese nicht gleichartig und noch nicht fällig waren (vgl. für heute R.K.O. § 54,1).

Da die deductio nicht wie die Saldo-Klausel in der intentio, sondern in der condemnatio vorzunehmen war, so bewirkte ihr Fehlen keine pluspetitio mit der Wirkung des Klagverlustes.

4. Deductio. Sie ist vorstehend erörtert.

5. Taxatio. Taxatio war eine nähere Bestimmung („dumtaxat") des an den judex (bedingt) erteilten Kondemnationsbefehls in den Fällen einer condemnatio incerta. Die litis aestimatio des judex wurde durch den Prätor maximal begrenzt; so z. B. bei der actio de peculio auf das peculium, so auch beim beneficium competentiae.

6. Clausula ex fide bona. Sie findet sich bei den actiones bonae fidei; dieselben waren zugleich actiones incertae mit intentio incerta; doch war umgekehrt nicht jede actio incerta eine actio bonae fidei, z. B. war die condictio incerti = actio incerti ex stipulatu eine actio stricti iuris. Immerhin ist mit dem Begriffe strictum jus grundsätzlich nur der Begriff eines certum-Anspruchs zu verbinden.

7. Fictio. Sie wirkte als Bestandteil einer Formel verschieden.

a) Entweder eine actio civilis, die dann zur actio directa[1]) wurde, wurde durch eine fictio für neue, weitere

[1]) Im Gegensatz zu dieser Bedeutung von actio directa als Originalklage versteht man unter actio directa auch die Klage im Gegensatz zur actio contraria, z. B. actio mandati contraria des Mandatars gegenüber der actio mandati (directa) des Mandanten.

Rechtsverhältnisse anwendbar gemacht, indem etwas hinzu fingiert wurde (actio utilis); so wurde aus der rei vindicatio des quiritischen Eigentümers des jus civile die actio Publiciana (utilis rei vindicatio) des usukapierenden[1]) Nichteigentümers, indem die Ersitzung als vollendet fingiert wurde;

b) oder es wurde etwas hinweg fingiert, z. B. bei pluspetitio wurde restitutio in integrum gewährt (judicium rescindens[2]) und im Anschluß daran die Klage als actio restitutoria, rescissoria (judicium rescissum) von neuem angestellt, indem die plus petitio hinwegfingiert wurde.

8. Interrogationes.

Der Kläger durfte in jure an den Beklagten Fragen über dessen Passivlegitimation (interrogationes) stellen, wobei unwahre oder verweigerte Antwort zu seinen Ungunsten gedeutet wurden; Fragen und Antworten wurden in die formula aufgenommen und die actio hieß interrogatoria.

Außer diesen Nebenbestandteilen benutzte der Prätor auch die translatio (Umstellung), um mit dem Werkzeuge der formula einen neuen Zweck zu erreichen.

Bei der Translation erschien in der condemnatio

---

[1]) Die usucapio konnte doppelten Zweck haben:

a) der bonae fidei possessor erwarb dadurch Eigentum (nur für res mancipi);

b) der durch traditio einer res mancipi (bei welcher justus titulus acquirendi nur mancipatio oder in jure cessio war) zum bonitarischen Eigentümer Gewordene konnte durch usucapio quiritarisches Eigentum erlangen.

[2]) Nach „causa cognita“ durch extraordinaria cognitio (nur in jure) des Prätors als Rechtsschutz durch das imperium allein.

ein anderes Subjekt als in der intentio; der wichtigste Fall waren die actiones adjecticiae qualitatis, z. B. bei der actio institorio erschien der für die Handlungen seines Geschäftführers (institor) solidarisch haftende und in Anspruch genommene Geschäftsherr in der condemnatio, während in der intentio der Name Lucius Titius des institor stand. Hierher gehörte auch die actio Rutiliana des bonorum emtor (Käufer der Konkursmasse), auf den die Forderungen des Kridars nicht ipso jure übergingen, sondern der sie als procurator (in rem suam) geltend machte; die intentio war hierbei auf den Kridar, die condemnatio auf den emtor gestellt.

Formelfehler konnten in erheblicher Weise auf den Klaganspruch einwirken. Man unterscheidet:

a) Qualitätsfehler in demonstratio und intentio; z. B. es war ein aliud eingeklagt, dann fand zwar Abweisung des schwebenden Prozesses statt, es war aber ein neuer Prozeß auf das aliud, das noch nicht konsumiert war, zulässig. Vgl. Gajus 4,55.

b) Quantitätsfehler, pluspetitio, schadete in demonstratio und condemnatio nichts erhebliches; pluspetitio in der intentio führte bei actiones certae ewigem Verlust des Prozesses herbei, wenn nicht in integrum restitutio gewährt wurde; bei actiones incertae konnte in der intentio keine pluspetitio vorkommen, weil diese nur ging auf quidquid dare facere oportet. Vgl. Gajus 4,54.

§ 114. Einteilung der Aktionen.

A. Mit Rücksicht auf die Gegensätze von res und persona, certum und incertum, strictum jus und bona fides teilt man die Aktionen ein in[1])

---

1) Vgl. Gajus 4,1.

1) actiones in rem, sie sind certae, ohne demonstratio, stets stricti juris;
2) actiones in personam
   a) certae, ohne demonstratio, stets stricti juris (condictio certi),
   b) incertae, mit demonstratio
      α) stricti juris (condictio incerti[1]) = actio incerti ex stipulatu),
      β) bonae fidei (actio de dote ex stipulatu).

Die condictio incerti konnte aber faktisch den Charakter eines bonae fidei judicium erlangen durch eine clausula doli beim materiellen Rechtsgeschäfte. Wie die exceptio doli ein negatives Mittel war, um der bona fides auch bei den stricti juris judicia Geltung zu verschaffen, so diente die clausula doli in positiver Weise demselben Zweck; sie war durchgängig üblich bei den stipulationes praetoriae und bürgerte sich auch bei den Verkehrs-Stipulationen ein, vorzüglich bei den incertae.

Die actiones in rem im Gegensatz zu den actiones in personam beruhen auf dem Gegensatze von dinglichen Rechten (gedacht als unmittelbare Beziehung zu einer Sache ohne Rücksicht auf dazwischenstehende Personen) und persönlichen Rechten (unmittelbar gegen eine Person, mittelbar eventuell auf eine Sache gerichtet).

Hierher gehören rei vindicatio (Eigentumsklage) — actio confessoria (in rem,[2] vindicatio servitutis, Ser-

---

[1]) Sie unterscheidet sich von einer actio bonae fidei allein durch das Fehlen der Klausel „ex fide bona“.

[2]) Nicht zu verwechseln mit actio confessoria in personam: bei confessio in jure mußte, wenn es sich nicht um certa pecunia handelte, durch actio confessoria eine litis aestimatio herbeigeführt werden.

vitutenklage) — actio negatoria (Servitutenfreiheitsklage, wie actio confessoria Grundstücksklage) — hereditatis petitio[1]) (vindicatio heriditatis).

Das dingliche Recht ist als ein absolutes mit einer actio in rem gegen jedermann verfolgbar.

Neben den vorgenannten Aktionen wurden noch zu den dinglichen gerechnet die Freiheitsklagen (Statusprozesse, rei vindicatio in libertatem), für welche das Dezemviralgericht zuständig war.

In der Mitte zwischen dinglichen und persönlichen Klagen standen die actiones mixtae.

Sie gingen teils in rem, teils in personam; sie heißen auch in rem scriptae, d. h. sie sind von vornherein nur gegen eine bestimmte Person gerichtet, aber gegen jedermann wirksam; z. B. ging die actio quod metus causa wegen erzwungener Handlung in erster Linie gegen den Zwingenden, gegen mehrere Teilnehmer in solidum auf Wiederherstellung und Schadensersatz, gegen Dritte auf Herausgabe einer Bereicherung.

B. Nach der rechtlichen Grundlage unterscheidet man:

actiones civiles, sie beruhten auf jus civile im Anschlusse an die legis actiones,

actiones honorariae, dies waren die vom Prätor gebildeten Aktionen.

Letztere teilt man ein in

I. actiones utiles, gebildet

1) auf Grund einer actio civilis (directa = Originalklage) durch

---

[1]) Petitio häufig für actio in rem gebraucht.

a) fictio, z. B. die actio Publiciana (rei vindicatio utilis, Gajus 4,36),

b) translatio, z. B. actio Rutiliana;

2) auf Grund einer schon bestehenden actio in factum; hierher gehörte die actio quasi Serviana[1]) aller Hypothekengläubiger gegenüber der actio Serviana[2]) des Verpächters als Hypothekengläubigers am Inventar des Pächters.

II. actiones in factum im weiteren Sinne = alle nicht auf Grund einer actio neu gebildeten prätorischen Aktionen:

1) in jus conceptae, auch genannt actiones civiles in factum: intentio im Anschluß an das Zivilrecht, aber nicht auf Grund einer actio civilis: z. B. actio depositi,[3]) actiones praescriptis verbis der Innominatkontrakte,

2) in factum conceptae, auch kurz actiones in factum im engeren Sinne genannt, richtiger: actiones in factum in factum conceptae, weil es eben auch in jus konzipierte actiones in factum gibt; intentio lediglich auf einen Tatbestand (demonstratio also ausgeschlossen) gestellt, für den neues

---

[1]) Auch actio hypothecaria genannt.

[2]) Es gibt eine weitere actio Serviana des bonorum emtor, der darin als heres des Kridars fingiert wird.

[3]) Wortlaut: T. j. e. Quod A. A. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuit, qua de re agitur (demonstratio), quidquid ob eam rem Nm. Nm. Ao. Ao. dare facere oportet ex fide bona (intentio), ejus judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato nisi restituat (arbitratus), si non paret, absolvito (actio incerta, arbitraria, bonae fidei).



Recht (honorarium jus) erstrebt wurde: z. B. actio depositi der Hauskinder.[1] [2]

Diejenigen actiones honorariae, die als allgemein anerkannte in das Album (Ediktum) des Prätors Aufnahme gefunden hatten, hießen actiones vulgares und standen im Gegensatz zu den neu und von Fall zu Fall erteilten actiones in factum.

§ 115. Das Verfahren in jure im Formularprozeß.

Über die Einleitung des Verfahrens ist zu sagen, daß die in jus vocatio allmählich zurücktrat und die manus injectio fast ganz abkam.

Dagegen wurde neben der in jus vocatio üblich die litis denuntiatio (mündliche oder schriftliche Aufforderung an den Beklagten, zu bestimmtem Termine vor dem Prätor zu erscheinen), eventuell mit außergerichtlichem vadimonium cum satisdatione (Bürgenstellung) für Erscheinen in jure.

Wer in jure nicht erschien, hatte Versäumnisstrafen zu gewärtigen.

---

[1]) T. j. e. Si paret Am. Am. apud Nm. Nm. mensam argenteam deposuisse, eamque dolo malo Nl. Nl. Ao. Ao. redditam non esse, quanti ea res erit, tantam pecuniam judex Nm. Nm. Ao. Ao. condemnato, si non paret absolvito. (Es ist hier also der Tatbestand eines dolus malus für die intentio verwendet, während in Anm. 3 (S. 344) die intentio auf dem zivilrechtlichen Realkontrakte des depositum beruht). Vgl. Ulpianus 13 D. 44,7: In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere.

[2]) Über den Gegensatz von actiones in jus und in factum conceptae vgl. Ihering III. S. 58 ff.



Der Gang des Verfahrens in jure war im allgemeinen folgender:

Zunächst fand eine allgemeine Erörterung statt, in welcher Kläger eine Formel proponierte, edierte, event. eine neue actio erbat, Beklagter Einwendungen erhob; dann entschied der Prätor durch Dekret, ob die Formel zuzulassen sei, event. mit welchen Änderungen, oder ob denegatio einzutreten hätte.

Darauf fand schriftliche Fixierung der Formel unter Protokollierung statt, Aushändigung derselben an den Kläger: litis contestatio [1]) Die Formel begann mit judicis datio: Titius judex esto. Im Verfahren in jure kamen u. a. noch vor:

a) interrogationes,
b) jusjurandum calumniae = Gefährdeeid, den jede Partei auf Verlangen der andern dahin schwören mußte, daß sie nicht aus bloßer Chikane prozessiere;
c) sponsio poenalis et restipulatio für den Fall des Unterliegens, sie war auf Verlangen zu leisten;
d) stipulationes praetoriae judiciales (daneben gab es noch cautionales und communes), wurden auf Antrag zur Sicherung des processus vom Prätor festgesetzt (Zwangsstipulationen im Gegensatz zu den Verkehrs-Stipulationen); Hauptform: judicatum solvi mit den 3 Klauseln de dolo malo, de re defendenda, de re judicata.

Hierher gehört auch das in jure gestellte vadimonium für Wieder-Erscheinen in jure.

Form: entweder repromissio pura oder repromissio cum satisdatione.

---

[1]) Manche behaupten, daß die Litiskontestation erst erfolgte, indem nunmehr Kläger die Formel an den Beklagten (formulam accipere) gab. Die Meinungsverschiedenheit ist von keiner Bedeutung.

Unter Umständen konnte der Prozeß schon mit dem Verfahren in jure sein Ende erreichen, nämlich

a) mit confessio; confessus pro judicato habetur;

b) mit denegatio, wenn eine aussichtslose Sache zum Endurteile reif war: der Prätor denegierte, verweigerte die actio,

c) mit Vergleich (transactio) in jure,

d) mit jusjurandum (juramentum) in jure, das der Kläger dem Beklagten zuschieben, letzterer zurückschieben konnte. Eidesverweigerung galt wie confessio und wirkte wie die Eidesleistung mit der Kraft eines judicatum. Das jusjurandum in jure (necessarium) wurde über das „Recht", nicht über „Tatsachen" geschworen und unterschied sich hierdurch vom juramentum in judicio, judiciale, das im weiteren Unterschied vom Richter auferlegt wurde.[1]) Vgl. R.Z.P.O. § 445.

Von der Bedeutung der Litiskontestation war kurz schon beim Legisaktionen-Prozeß die Rede. Es war dort auf die konsumierende Wirkung der Litiskontestation gegenüber dem Klaganspruch hingewiesen worden. Diese Wirkung hatte sie auch im Formularprozesse.

Des weiteren hatte die Litiskontestation folgende Bedeutung:

1) Die Rechtslage z. Z. der Litiskontestation war für das Urteil „grundsätzlich" maßgebend:

---

[1]) Es gab auch ein juramentum in litem: Würderungs- oder Schätzungseid: in dem Falle, wenn Beklagter bei actio arbitraria dem arbitratus, die Sache selbst zurückzugeben, aus contumacia (Bosheit) nicht nachkam, durfte Kläger selber sein Interesse eidlich schätzen.



a) War die Klage bei der Litiskontestation nicht begründet, dann fand Abweisung statt, wenn sie auch inzwischen voll begründet geworden war.

b) Verspätete Erfüllung nach der Litiskontestation: Beklagter hatte die Prozeßkosten zu tragen u. evtl. gemäß einer sponsio poenalis Strafe zu zahlen.

2) Bisher unvererbliche Rechte und Verpflichtungen gingen mit der Litiskontestation auf die Erben über.[1])

3) Nach der Litiskontestation gewonnene Früchte hatte Beklagter herauszugeben.[2])

4) Nach der Litiskontestation trat erhöhte Haftung des Beklagten für Verschlechterungen ein.[3])

5) Von der Litiskontestation ab waren Zinsen zu zahlen, wenn auch vorher keine Zinsenzahlung bestand.[4])

6) Durch die Litiskontestation wurde eine Unterbrechung der Verjährung bewirkt.[5])

7) Die res litigiosa durfte nicht veräußert werden (anders R.Z.P.O. § 265/6).

In Zusammenhang mit der Wirkung der Litiskontestation steht der Satz: omnia judicia esse absolutoria.

Wenn auch für die Fällung des Urteils grundsätzlich die Rechtslage zur Zeit der Litiskontestation maßgebend war, so ließ man doch aus praktischen Rücksichten in dem Falle einer nach der Litiskontestation geschehenen Erfüllung den Zeitpunkt der condemnatio für letztere maßgebend sein. Unbestritten war es daher — wenigstens bei actiones bonae fidei und bei actiones arbitrariae —,

---

[1]) Für das B.G.B. vgl. § 847 und § 1800,2.

[2]) Ebenso B.G.B. § 987, der sogen. materielles Prozeßrecht enthält.

[3]) Vgl. B.G.B. § 989.

[4]) So auch B.G.B. § 291 (materielles Prozeßrecht).

[5]) So auch B.G.B. § 209.

daß bei Erfüllung nach Litiskontestation eine Kondemnation nicht stattfinden könne. Bei den stricti juris judicia nahmen die Prokulianer (Nachfolger von Capito und Labeo unter Augustus) an, daß Erfüllung während des Prozesses nicht zur Freisprechung führe; anders aber die Sabinianer (Nachfolger des Sabinus): omnia judicia (auch stricti juris) esse absolutoria (wenn nach Litiskontestation Erfüllung stattfindet).[1])

§ 116. Das Verfahren in judicio im Formularprozesse.

Das Verfahren in judicio begann, indem der Kläger dem judex die Formel edierte. Alsdann fand eine kurze Rekapitulation des in jure Geschehenen (causae conjectio) statt, und weiter folgten perorationes (Hauptvorträge).

Da das officium judicis (Laienrichter), die Durchführung des judicium im Formularprozesse zum großen Teile auf freiem Ermessen beruhte, so war entsprechend auch die Oberleitung (tuitio) des meist rechtsgelehrten Prätors eine verstärkte.

Beweismittel. Eine Zeugnispflicht bestand ursprünglich nur für solche Personen, die Solennitätszeugen bei Vertragsschließung rc. gewesen waren.

Die Zeugen wurden nicht vom Richter, sondern von den Parteien befragt.

Als Parteien-Eid (Gegensatz Zeugen-Eid) kam nur das vom Richter auferlegte juramentum judiciale (und zwar über Tatsachen) in Betracht; manche behaupten auch Vorkommen der Eideszuschiebung in judicio.

Erst durch Justinian (527—67) wird die Zeugnis-Pflicht eingeführt.

---

[1]) Vgl. Gajus 4,114.

Das Urteil. Vor der Urteilsfällung konnte der judex das consilium eines Rechtsgelehrten zu Rate ziehen und, falls auch dann ihm die Bildung einer Überzeugung unmöglich war, sich durch den Eid „rem sibi non liquere“ von Fällung einer Entscheidung frei machen.

Das Urteil (sententia) lautete entweder auf absolutio oder condemnatio, bei gewissen Klagen enthielt es auch eine adjudicatio, nämlich bei den Teilungsklagen.

Eine Urteilsfällung erübrigte sich bei den actiones arbitrariae, wenn der Beklagte dem arbitratus des judex (pronuntiatio = Vorbescheid) nachkam.

Eine besondere Art des Urteils ist das Versäumnis-Urteil:

Erschien eine Partei nicht in judicio, so wurde anfangs ohne weiteres, nachdem bis zum Nachmittage gewartet war, zu Gunsten der erschienenen Partei erkannt. Später wurde in Abwesenheit (in eremodicio) der andern Partei verhandelt und nach Lage der Sache entschieden.

Die bedeutungsvolle Frage, die Rechtslage welchen Zeitpunktes für die Fällung des Urteils maßgebend war, ist bereits bei Besprechung der Litiskontestation erledigt worden.

Der Umfang einer Kondemnation war nicht bei allen Klagen derselbe. Bei den gewöhnlichen actiones rei persecutoriae war Gegenstand der Verurteilung die vera litis aestimatio, wenn es sich nicht direkt um certa pecunia handelte.

Dagegen gingen die actiones poenales, z. B. die actio furti, die actio in factum wegen calumnia auf ein Mehrfaches. Bei der actio judicati und legis Aquiliae galt der Satz: lis infitiando crescit in duplum. Von der revocatio in duplum ist unter Rechtsmitteln die Rede.

Über die Wirkung der Kondemnation äußert sich Gajus 3,180: ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere; es entstand durch novatio necessaria ähnlich wie bei der Litiskontestation anstelle der Prozeßobligation eine neue auf judicatum facere, auf die res judicata.

§ 117. Rechtsmittel im Formularprozeß.

Während es eigentliche Rechtsmittel in der älteren Zeit nicht gab, sondern — mit nur kassatorischer, nicht auch reformatorischer Wirkung — gegen Urteile lediglich gegeben war:

a) provocatio ad populum Romanum,

b) das appellare tribunos und Interzession derselben,

zeigten sich in der vorklassischen Zeit Ansätze zu wirklichen Rechtsmitteln. Solche Ansätze waren:

a) die in integrum restitutio,
b) die Verteidigung des Schuldners gegen die actio judicati durch die Behauptung, judicatum non esse, durch die exceptio nullitatis aus prozessualen Mängeln oder wegen Rechtsverletzung; die aktive Seite hiervon ist die revocatio in duplum, die Anfechtungsklage gegen das judicatum, deren Wirkung war, daß der Anfechtungs-Kläger bei Unterliegen das Doppelte des Wertes zahlen mußte.

Wirkliche Rechtsmittel waren auch diese Behelfe noch nicht, denn ihre Wirkung war auch nur eine kassatorische. In der Art des prozessualen Vorgehens liegt aber ein Übergang zu eigentlichen Rechtsmitteln.

Wirkliche Rechtsmittel mit geordnetem Instanzenzug gab es erst in der klassischen Zeit (Augustus bis Diokletian). Es entwickelte sich folgender Instanzenzug:

1) vom judex an den Lokal-(Munizipal-)Magistrat, der ihn bestellte,
2) vom Magistrat an den Prätor in Rom bezw. an einen der juridici bezw. an den Provinzial-Statthalter,
3) von diesen an die vom Kaiser delegierten Appellationsrichter (praefectus urbi und praefectus praetorio). Es gab also vier Instanzen.

§ 118. Besondere Arten des Verfahrens neben dem ordentlichen Formularprozesse.

Von dem Sponsions-Verfahren, das sowohl den Legisaktionen-Prozeß wie den Formular-Prozeß als ordentliche Verfahrensarten ergänzte, ist bereits an früherer Stelle die Rede gewesen.

Abgesehen hiervon fand für außerordentliche Fälle vor dem Prätor allein — ohne Judizialverfahren — eine ausschließlich auf dem imperium beruhende extraordinaria cognitio statt. Hierher gehören:

1) die Interdikte,
2) die prätorischen Stipulationen,
3) die missiones,
4) die in integrum restitutio.

1) Die Interdikte.

Man teilt sie ein in (vgl. hierzu Gajus 4,188ff., 2 D. de interdictis 43,1):

a) exhibitorische (exhibeas), restitutorische (restituas), prohibitorische (vim fieri veto).
b) Entweder erging das Interdikt nur an den Gegner des Antragstellers (simplex)
oder an beide (duplex), z. B. das Interdiktum uti possidetis.

c) α) de rebus divinis,
β) de rebus humanis
1) publicis,
2) privatis.

d) α) Petitorische Interdikte,
β) Possessorische Interdikte (die wichtigsten)
1) retinendae possessionis, zum Schutze des Besitzes gegen Störungen,
2) recuperandae possessionis, zur Wiedererlangung verlorenen Besitzes,
3) adipiscendae possessionis, zur Erlangung eines Besitzes, den man noch nicht hatte.

Die Interdikte sind prätorische Befehle zur einstweiligen Regelung strittiger Rechtsverhältnisse, besonders zu vorläufiger Festsetzung des Besitzstandes umstrittener Sachen. Vgl. R.Z.P.O. § 935.

Das Verfahren bei Zuwiderhandlung gegen ein Interdikt war folgendes:

Der Prätor veranlaßte sponsio et restipulatio poenalis der streitenden Parteien, auf Grund deren ein judicium secutorium darüber stattfand, ob der Beklagte rechtswidrig dem Interdikte zuwidergehandelt habe. Bei entstandenem Schaden wurde dessen Höhe durch ein arbitrium festgestellt.

Mit Bezug auf die Bedeutung der Interdikte zur Zeit des späteren Verfahrens der extraordinaria cognitio heißt es in § 8 J. de interdictis 4,15:

De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quotiens extra ordinem jus dicitur, qualia sunt hodie omnia judicia, non est necesse reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. Es wurde also nicht mehr erst ein

Interdikt erlassen, sondern aus dem Interdiktsgrunde direkt geklagt.

2. Die prätorischen Stipulationen. Sie sind Zwangsstipulationen im Gegensatz zu den stipulationes voluntariae s. conventionales. Es gab für sie feststehende Formulare im Album des Prätors. Über die verschiedenen Arten der Zwangsstipulationen sagt Ulpian in l. 1 ff. D. de stipulationibus praetoriis 46,5:

Praetoriarum stipulationum tres videntur esse species, judiciales cautionales communes. Judiciales eas dicimus, quae propter judicium interponuntur ut ratum fiat, ut iudicatum solvi et ex operis novi nuntiatione, Cautionales sunt autem, quae instar actionis habent et, ut sit nova actio, intercedunt, ut de legatis stipulationes et de tutela et ratam rem haberi et damni infecti. Communes sunt stipulationes, quae fiunt judicii sistendi causa (daß man sich dem Gerichte stellen werde).

Über den allgemeinen Zweck sagt § 4 l.c.: Et sciendum est omnes stipulationes (sc. praetoriae) natura sua cautionales esse: hoc enim agitur in stipulationibus, ut quis cautior sit et securior interposita stipulatione.

Über die Art der Sicherstellung vgl. noch § 5 l.c.

3. Die missiones. Man unterschied:

a) missio in bona: Einweisung in ein ganzes Vermögen; hiervon ist unter Konkurs die Rede.
b) missio in rem singularem bezw. in possessionem.
   α) missio damni infecti wegen verweigerter cautio damni infecti bei drohendem Gebäude-Einsturz.
   β) missio ventris nomine: Einweisung einer schwangeren Frau in den Besitz des Erbschafts-

guts, das ihrem Kinde, wenn es lebend geboren werden sollte, zufallen würde.

γ) missio legatorum servandorum causa: Einweisung des Vermächtnisnehmers in den Besitz des dem belasteten Erben zugekommenen Erbteils. Vgl. 1 D. quibus ex causis in possessionem eatur 42,4.

Der Schutz der Besitzeinweisung bestand in dem prohibitorischen Interdikte ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.

4. In integrum restitutio.

Zweck der Restitution. Es heißt: summum jus summa injuria. Die starre Rechtskonsequenz kann im Einzelfalle zu Ungerechtigkeit führen. Dann wird der Billigkeit durch Restitution Geltung verschafft; sie ist ein Schutz gegen das Recht selber. Je feiner letzteres ausgebildet ist, um so weniger ist Restitution nötig. Das bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich kennt sie nicht mehr.

Voraussetzungen der in integrum restitutio waren:

1) laesio des Antragstellers.
2) justa causa restitutionis (Minderjährigkeit — capitis deminutio minima — metus, dolus, error — absentia). Vgl. l. 1 D. de in integrum restitutionibus 4,1.
3) Rechtszeitiges Gesuch um Restitution, im älteren Rechte innerhalb eines annus utilis, im Justinianischen Rechte innerhalb eines quadriennium continuum.

Verfahren. Die Schädigung wurde entweder unmittelbar durch prätorisches Dekret aufgehoben oder

es bedurfte nach vorgängigem judicium rescindens vor dem Prätor eines nachfolgenden judicium rescissorium (actio rescissoria, restitutoria) vor dem judex.

Vierter Abschnitt.

§ 119. Die extraordinaria cognitio.

Von der Art der Einführung dieses Verfahrens ist schon in § 1 gesprochen worden und wird hier nur darauf verwiesen.

Hauptgegensätze der extraordinaria cognitio zum Formularprozesse sind:

Der Prätor wurde zum judex, wobei an Stelle des praetor urbanus Spezialprätoren und kaiserliche Beamte traten.

Die Zäsur zwischen dem Verfahren in jure und dem in judicio fiel weg und damit die Eventual-Maxime.

Exzeptionen konnten auch nach litis contestatio, die dem Begriffe nach blieb, erfolgen.

Der Kläger brauchte keine Formel zu proponieren, edieren, sondern nur Tatsachen anzuführen: Da mihi factum, dabo tibi jus. Jura novit curia.

Statt Parteibetrieb erfolgte Offizialbetrieb, an die Stelle der Mündlichkeit trat teilweise Schriftlichkeit. Die Öffentlichkeit des Verfahrens hörte auf. Nach wie vor blieb die freie Beweiswürdigung.

Es bildete sich folgender Instanzenzug:

1. Instanz: Unterrichter,
2. Instanz: Appellationsrichter,
3. Instanz: der Kaiser bezw. das consistorium principis.

Der Appellant mußte libelli appellatorii beim Unterrichter einreichen, der hierzu ein Entlassungsschreiben, libelli apostoli, aufsetzte und die Sache an den Appellationsrichter abgab; vor letzterem galt das beneficium novorum, d. h. neue Tatsachen und Beweismittel konnten vorgebracht werden.

Nach Justinian betrug die Appellationsfrist ein decennium fatale = Präklusionsfrist von 10 Tagen; auch war eine summa appellabilis vorgeschrieben.

Seit Konstantin war dann noch die Appellation an den Kaiser möglich. Sie wurde beim Unterrichter instruiert, dieser fertigte eine relatio an, zu welcher die Partei Bemerkungen machen konnte: libelli refutatorii. Alsdann ging die Sache an das consistorium principis.

Reskriptsprozeß. Er war eine besondere Art der extraordinaria cognitio vor dem Kaiser (libellus principi oblatus), der entweder durch Dekret entschied oder die Sache an einen judex gab unter eventl. Festsetzung der leitenden Rechtsgrundsätze in einem Reskript. Der Reskriptsprozeß wurde von Justinian beseitigt.

Fünfter Abschnitt.

§ 120. Der justinianische Prozeß.

Der Prozeß begann mit Einreichung einer Klageschrift, libellus conventionis, bei Gericht, das dem Beklagten die Klage nebst einer Terminsladung (sententia commonitoria) zustellen ließ. Zwischen Zustellung und Termin mußte eine Frist von mindestens 20 Tagen liegen. Im Termin erfolgte narratio des Klägers, contradictio des Beklagten, hierauf trat Litiskontestation ein, und der Richter nahm beiden Parteien das juramentum calumniae ab.

Die allgemeinen Grundsätze des Verfahrens waren dieselben wie im Verfahren der extraordinaria cognitio.

Die Litiskontestation verlor die konsumierende Wirkung gegenüber dem Klaganspruche, anstelle der peremtorischen exceptio rei in judicium deductae trat die dilatorische exceptio litis pendentis, welche lediglich gleichzeitiges, mehrmaliges Geltendmachen desselben Anspruchs hinderte (war es schon zu einem Urteil gekommen, dann exceptio rei judicatae).

Beweismittel. Es wurde durch Justinian allgemeine Zeugenpflicht eingeführt, die Zeugenvernehmung fand nicht mehr durch die Parteien, sondern durch den Richter statt, für Urkunden wurde entsprechend der allgemeinen Zeugenpflicht eine Editionspflicht festgesetzt.

Das Urteil wurde schriftlich abgefaßt, verlesen und den Parteien abschriftlich mitgeteilt.

Sechster Abschnitt.

§ 121. Zwangsvollstreckung und Konkurs.

Die Grundlage der Zwangsvollstreckung bildete die actio judicati.

Gegen diese konnte in verschiedener Weise vorgegangen werden:

a) Gegen die actio judicati konnten Einwendungen (judicatum non esse) erhoben werden, wobei jedoch ein Zurückgreifen auf das abgeurteilte Rechtsverhältnis im ganzen ausgeschlossen war. Die Einwendungen konnten sich stützen:

1) auf geschehene Rechtsverletzung prozessualer oder materieller Art,

2) darauf, daß durch nachträgliche Erfüllung zc. das judicatum gegenstandslos geworden sei,
3) auf gewisse „privilegierte" Einreden: z. B. exceptiones S. C. Vellejani und Macedoniani, die auch noch gegen das vollstreckbare Urteil erhoben werden konnten.

Auf Grund der Einwendungen kam es zu einem neuen Prozesse sub poena dupli bei ungerechtfertigter Einwendung.

b) Die Rechtmäßigkeit des judicatum konnte vom Beklagten auch selbständig durch revocatio in duplum (sub poena dupli) geltend gemacht werden.

Wie bereits früher ausgeführt, war die Kondemnation immer eine Geld-Kondemnation. Auch wenn der Kläger mittelst rei vindicatio oder anderer restitutorischer Klagen Herausgabe einer Sache beanspruchte, ging das Urteil und die Zwangsvollstreckung doch nicht auf Herausgabe, sondern auf Zahlung einer dem Interesse der Herausgabe entsprechenden Geldsumme. Erst in nachklassischer Zeit wurde neben der Geld-Exekution die Natural-Exekution auf Herausgabe der Sache selber anerkannt.

Die Ausführung der Zwangsvollstreckung bestand ursprünglich in Personal-Exekution, zuerst in der scharfen Form der manus injectio, später in einer gemilderten Personal-Exekution als Zwangsmittel zur Zahlung der im Urteil festgesetzten Geldsumme.

Allmählich kam, und zwar zuerst bei Abwesenheit des Schuldners, dann auch in anderen Fällen neben manus injectio Vermögens-Exekution auf und zwar ursprünglich allgemeine Vermögens-Exekution, missio in bona generalis.

Seit Antoninus Pius (138—161) kommt auch Spezialexekution mittelst pignus in causa judicati cap-

tum (durch apparitores manu militari, vgl. 68 D. 6,1) auf, und für die spätere Zeit blieb die missio in bona generalis nur praktisch für die Fälle des Konkurses.

Bei der Spezial-Exekution (pignus in causa judicati captum) beschlagnahmten die apparitores auf Anweisung des angegangenen Magistrats einzelne Gegenstände; dieselben wurden, wenn nicht innerhalb zweier Monate Einlösung stattfand, verkauft; fand sich kein Käufer, so hatte der Gläubiger das jus dominii impetrandi.

Die missio in bona, der Konkurs des römischen Rechts, bestand in einer Einweisung des beantragenden Gläubigers in das Vermögen des Schuldners durch den Prätor. Durch diese Einweisung erhielt der Gläubiger ein prätorisches Pfandrecht mit custodia und observantia rei; die anderen Gläubiger wurden öffentlich zum Beitritt (proscriptio bonorum) aufgefordert mit gleichem Rechte (keine Priorität).

Nach 1—2 Wochen fand eine General-Versammlung der Gläubiger und Wahl eines magister bonorum (Konkursverwalter) statt, der die Masse nach Ablauf weiterer 30 Tage mit Aktivis und Passivis an den die meisten Prozente Bietenden verkaufte. Der bonorum emtor gewährte an die Personalgläubiger nur bestimmte Prozente, die Pfandgläubiger blieben durch den Verkauf unberührt.

Der bonorum emtor war prätorischer Universal-Successor; für und gegen ihn bestanden die besonderen Klagen actio Serviana und actio Rutiliana; er selber mußte cum deductione agere.

Durch eine lex Julia wurde die Möglichkeit einer cessio bonorum eingeführt.

Gab der Schuldner freiwillig sein überschuldetes Vermögen heraus, dann blieb er im Gegensatz zur missio in bona von infamia verschont und erhielt auch im Falle späteren Erwerbs gegenüber Ausfallsklagen seiner Gläubiger das beneficium competentiae (Belassung des zum Unterhalt Notwendigen), vermied endlich dadurch auch die Personalhaft. Es war dies eine wesentliche Milderung gegenüber der missio in bona.

Eine weitere Milderung des Konkursverfahrens gegenüber der infamierenden missio in bona mit ihrer venditio bonorum war die ursprünglich nur den Senatoren gewährte cura bonorum. Ein curator bonorum versilberte das Vermögen im einzelnen: distractio bonorum. Die cura bonorum stellt sich als ein Mittelding zwischen Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung dar.

Anhang.

§ 122. Der Zivilprozeß und Konkurs im gemeinen Rechte.

I. Der Zivilprozeß des gemeinen Rechts.

Man unterscheidet den älteren gemeinen oder kanonischen Prozeß und den neueren gemeinen Prozeß.

Wie für die Fortbildung des römischen Privatrechts und seine Rezeption in Deutschland die Kirche

von Bedeutung war, so auch für das römische Prozeßrecht. Ecclesia vivit lege Romana. Die Fortbildung des justinianischen Prozesses vollzog sich zunächst in Italien — und in Deutschland bei den geistlichen Gerichten — an der Hand päpstlicher Dekretalen und der italienischen Praxis und Doktrin. Das speculum judiciale des Wilhelmus Durantis von 1272 gewann für das Prozeßrecht eine ähnliche grundlegende Anerkennung, wie für das Privatrecht die glossa ordinaria des letzten Glossators Accursius (Mitte des 13. Jahrh.).

Allgemeine Grundsätze des Verfahrens im kanonischen Prozesse waren wie im justinianischen Prozesse: Verhandlungsmaxime, Offizialbetrieb, Heimlichkeit; dagegen hatte die Schriftlichkeit weit mehr in das Verfahren Eingang gewonnen als im justinianischen Prozesse, und an Stelle der freien Beweiswürdigung war eine formelle Beweistheorie getreten, die dem Richter vorschrieb, wann er einen Beweis als erbracht anzusehen habe oder nicht, dies also nicht seiner freien Überzeugung überließ. Ferner hatte sich eine wichtige Besonderheit im kanonischen Gerichtsverfahren ausgebildet, die für den älteren gemeinen Prozeß besonders bezeichnend ist, nämlich das artikulierte Verfahren, auch Positional-Verfahren genannt. Dasselbe bestand darin, daß die Parteien ihre Behauptungen in einzelne bestimmte Artikel, Positionen auflösen mußten, auf die sich der Gegner einzeln zu erklären hatte. Es sollte hierdurch das Beweisverfahren erleichtert werden, das durch die Schriftlichkeit des Verfahrens erschwert war.

Die Zeugen wurden genau nach den Positionen verhört, neben denen noch besondere Frage-Artikel eingereicht werden konnten.

Der kanonisch-italienische Prozeß fand — abgesehen von den geistlichen Gerichten, wo er schon galt — in

Deutschland als **älterer gemeiner Prozeß** Eingang vor allem im Anschluß an die 1495 erfolgte Errichtung des Reichskammergerichts in Frankfurt a. M. und an die ergehenden Reichsprozeßgesetze,

die Kammergerichtsordnungen von 1495, 1521, 1555 und das „Konzept der erneuerten und verbesserten Kammergerichtsordnung", dem Reichstage 1603 und 1613 vorgelegt, aber nicht angenommen, gleichwohl aber wie ein Reichsgesetz angewandt.

Wiewohl die in diesen Gesetzen ausgesprochenen Grundsätze nur für das Reichskammergericht gegeben waren, so fanden sie doch auch bei den Territorialgerichten Eingang.

Der ältere gemeine Prozeß wurde wesentlich umgestaltet und zum **neueren gemeinen Prozesse** durch den jüngsten Reichsabschied (J.R.A. oder RIN. = recessus imperii novissimus) von 1654. Durch denselben wurden drei wesentliche Neuerungen geschaffen:

1) Das artikulierte Verfahren wurde fallen gelassen und im Anschluß an die sächsische Gerichtspraxis bestimmt, daß Kläger in der Klagschrift „summarischer weiß das Faktum kurz und nervose, jedoch deutlich und distinkte" anführen solle.
2) Es wurde eine Art Eventual-Maxime eingeführt, der Beklagte sollte „alles (Einwendungen) auff einmahl, bei Straff der Präklusion" (in omnem eventum) einbringen, spätestens bis zum Beweisinterlokut, durch das
3) eine Zäsur des Verfahrens in ein Vorverfahren und ein Beweisverfahren herbeigeführt wurde, ähnlich wie im älteren römischen Rechte eine Zäsur durch die Litiskontestation zwischen Verfahren in jure und in judicio bestanden hatte.

Im übrigen unterschied man zwischen ordentlichem Verfahren und den summarischen Prozeßarten.

Der Gang des ordentlichen Verfahrens war:

a) Vorverfahren (erstes Verfahren): Einreichung eines libellus conventionis (Klagschrift) bei dem Gericht, das entweder ohne weiteres (a limine) die Klage unbedingt oder bedingt zurückwies oder eine miteinzureichende Abschrift dem Beklagten „zur (schriftlichen) Vernehmlassung“ zustellte, insinuierte. Hiermit trat ein Teil der Wirkungen der römischen Litiskontestation, insbesondere lis pendens ein, ein anderer Teil trat erst mit der Vernehmlassung (gemeinrechtliche Litiskontestation, Kriegs-, Streitbefestigung) ein, insbesondere Vererblichkeit des eingeklagten Anspruchs. Eventuell folgten Replik, Duplik u. s. w. Das erste Verfahren schloß mit einem Urteil: Endurteil oder selbständig anfechtbares Beweis-Interlokut.

b) Beweis-Instanz: Sie trat nur ein, wenn nicht das Vorverfahren mit einem Endurteile schloß.[1])

Bei den summarischen Prozeßarten unterschied man wieder:

a) unbestimmt summarische, bei denen im allgemeinen das Verfahren beschleunigt wurde,[2])

b) bestimmt summarische Prozesse, die in einem bestimmten Punkte vom ordentlichen Verfahren abweichen. Hierher gehörten:

---

[1]) Nach der R.Z.P.O. ist der Beweis gleichzeitig mit dem tatsächlichen Vorbringen anzutreten.

[2]) Die R.Z.P.O. kennt solche nicht mehr, weil ihr reguläres Verfahren elastisch genug ist, um den Richter jederzeit eine Beschleunigung zu gestatten.



der Mandats-Prozeß,
der Exekutiv-Prozeß und
der Arrest-Prozeß.

Der Mandatsprozeß war in ähnlicher Gestaltung wie das römische Interdikten-Verfahren besonders geregelt worden durch die Reichskammergerichtsordnung von 1555. Der auf einseitigen Antrag erlangte richterliche Befehl konnte entweder sine clausula (unbedingter Mandatsprozeß) oder cum clausula (bedingter Mandatsprozeß) ergehen.

Beim unbedingten Mandatsprozesse, der besonders bei Gefahr in Verzug oder bei Vorlegung öffentlicher Urkunden zulässig war, konnte der Beklagte nur beschränkt Einwendungen geltend machen, hauptsächlich nur die exceptio sub- et obreptionis, nämlich daß das Mandat durch Vorspiegelung falscher oder Unterdrückung wahrer Tatsachen erschlichen sei. Mit anderen Einwendungen wurde er ad separatum (processum) verwiesen gemäß dem Grundsatze: solve et repete.

Beim bedingten Mandatsprozesse trat bei Erhebung von Einwendungen alsbald das ordentliche Verfahren ein. Im Anschluß hieran ist das heutige Mahnverfahren geregelt.

Der Exekutiv-Prozeß, das Vorbild des heutigen Urkundenprozesses,[1]) hatte sich entwickelt im Anschluß an die italienischen guarantiguierten (öffentliche, mit Exekutivklausel versehene) Urkunden,[2]) die zur Privatvollstreckung berechtigten. Im gemeinen Prozesse erfolgte die Zwangsvollstreckung auf Anordnung des Richters nach geschehener Beweiserhebung über die Echtheit der Urkunde, die aber nicht mehr eine öffentliche zu sein brauchte

---

1) Vgl. Z.P.O. §§ 592 ff.
2) Vgl. Z.P.O. § 794 Z. 5.

(anders auch beim unbedingten Mandatsprozesse!). Einwendungen des Beklagten unterlagen derselben Behandlung wie im § 598 Z.P.O.

Der Arrestprozeß des gemeinen Rechts bildet die Grundlage des heutigen Arrestverfahrens. Arrest ist vorläufige Beschlagnahme von Person oder Sachen des Schuldners zur Sicherung künftiger Zwangsvollstreckung eines noch nicht vollstreckbaren Anspruchs. Der Arrest wurde vom Richter nach Glaubhaftmachung von Arrestforderung und Arrestgrund angeordnet, wie heute, dann folgte Justifikationstermin, der entweder Justifikation oder Relaxation des Arrestes zur Folge hatte.

Wie das Gebiet des gemeinen Privatrechts durch Einführung von Landesgesetzen eingeschränkt wurde, so auch das des gemeinen Prozeßrechts; es sind hier zu nennen:

Die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793; sie beseitigte die Eventual-Maxime und führte statt des Verhandlungsprinzips das Untersuchungs-Prinzip ein. Die Heimlichkeit und Schriftlichkeit des Verfahrens blieb. Durch Verordnungen von 1833 und 1846 wurde aber das Untersuchungsprinzip wieder durch das Verhandlungsprinzip ersetzt, die Öffentlichkeit eingeführt und die Schriftlichkeit beschränkt.

Der Code de procédure civile von 1806.

Die Hannoversche Allgemeine Bürgerliche Prozeßordnung von 1850; beide hatten Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens.

II. Der Konkurs des gemeinen Rechts.

Wie für andere Rechte, so war auch für das deutsche gemeine Recht der justinianische Konkurs vorbildlich. Das

gemeinrechtliche Konkursverfahren gewann seine besondere Gestaltung im 16. und 17. Jahrhundert.

Es zerfiel in 4 Abschnitte:

1) Das (vorbereitende, präparatorische) Eröffnungsverfahren.

Der Konkurs wurde wie heute nur auf Antrag eröffnet (durch decretum de aperiundo concursu) und war nicht auf Kaufleute beschränkt im Gegensatz zum französischen Konkurs des Code de commerce von 1807.[1])

Es wurde nicht wie heute nur ein Verwalter ernannt, sondern zwei, der curator, der die Aktivmasse verwaltete, und der contradictor, der die Schuldenmasse festzustellen hatte.

2) Das Liquidations-Verfahren.

Es diente zur Feststellung der Schuldenmasse. Die Gläubiger wurden bis zum Liquidations-Termin zur Anmeldung aufgefordert, die nicht angemeldeten Forderungen wurden auf Antrag des contradictor durch Praeclusoria (sc. sententia) von der Teilnahme am Konkurse ausgeschlossen.[2])

3) Das Prioritäts-Verfahren diente der Feststellung des Ranges der Forderungen und endete mit Locatoria (sc. sententia). Über Rangstreitigkeiten wurde zuvor durch Interlokut entschieden.

---

1) Das französische Konkursverfahren ist daher stets im Handelsrecht erörtert; es kennt auch Konkurseröffnung von Amts wegen.

2) Wer nach R.K.O. die Anmeldefrist und den allgemeinen Prüfungstermin versäumt, hat lediglich die Kosten eines neuen Termins zu tragen und ist von bereits stattgehabten Abschlagsverteilungen ausgeschlossen.

4. Das Distributionsverfahren fand statt nach Erledigung der Streitigkeiten, Feststellung der Schuldenmasse und Berechnung der Aktivmasse. Es wurden nicht, wie nach der R.K.O. Abschlagsverteilungen [illegible], sondern nur eine einzige Verteilung, die das Verfahren beendete.

Das gemeinrechtliche Konkursverfahren litt an einer großen Schwerfälligkeit infolge der [illegible], der [illegible] des Konkurses. Während nach [illegible] Rechte ist die [illegible] ebenmäßig wie die [illegible] am Konkurse zu beteiligen [illegible], [illegible] ist durch [illegible] der [illegible] [illegible] worden und nur die [illegible] der [illegible], an die Konkursmasse abgegeben [illegible], [illegible] sie im gemeinrechtlichen Konkurse in das Verfahren hereingezogen. Dies war die der großen Zahl [illegible] und [illegible] [illegible] zu [illegible].

Eine weitere Folge der [illegible] des gemeinen Konkurses war die [illegible] aller mit [illegible] [illegible] und [illegible] an das Konkursgericht; [illegible] [illegible] kommen es zu keiner Verteilung an die Konkursgläubiger kommen. Abschlagsverteilungen waren unbekannt.

Diese Mängel sind durch die Reichskonkursordnung im [illegible] an die preußische Konkursordnung vom 1855 beseitigt.

Fünfter Teil.

Strafrecht und Strafprozess.

I. Strafrecht.

§ 123. Einleitung.

Ähnlich wie im Zivilrecht der staatlichen Fürsorge für die Rechtspflege eine Periode der Selbsthilfe vorherzugehen pflegt, so auch im Strafrecht.

Die Selbsthilfe im Strafrechte ist die Privatrache. Neben diese tritt, wo nicht bloß der einzelne verletzt ist, sondern sich mit dem einzelnen jedes andere Mitglied des Gemeinwesens verletzt und bedroht fühlt, die Volksrache, Volksjustiz, vindicta publica. Spuren dieser Entwicklung finden sich auch im römischen Rechte. Den falschen Zeugen stürzte das Volk vom tarpejischen Felsen, den homo sacer schlug tot, wer da Lust hatte.[1])

Statt Rache zu nehmen, konnte sich der Verletzte mit einer Buße (poena) vom Täter abfinden lassen, sich mit ihm vergleichen (Kompositionen-System). Die Höhe der Abfindung war keine bestimmte, sondern richtete sich nach den Umständen (Vermögen des Täters, Rachegefühl des Verletzten u. s. w.), sie war im Gegensatz zu den späteren Privatstrafen eine ungemessene. Für bestimmte Delikte werden sich mit der Zeit gewohnheitliche Sätze ausgebildet haben.

Aus der Privatrache entstanden die Privatstrafen der delicta privata, aus der Volksrache entwickelte sich

[1]) Jhering I. S. 212.

eine organisierte Strafrechtspflege zur Verfolgung der delicta publica, crimina. Die Privatstrafe (poena) der späteren Zeit (seit den 12 Tafeln) war nichts als eine Fixierung der Buße (poena), des Lösegeldes.[1]) Dieser Übergang von der Privatrache und Privatbuße zur Privatklage und Privatstrafe war noch zur Zeit der 12 Tafeln in der Schwebe. Für einzelne Privatdelikte bestimmten die 12 Tafeln feste Geldstrafen, z. B. für furtum nec manifestum die Strafe des duplum. Für furtum manifestum war Addiktion des Diebes an den Bestohlenen angedroht.[2]) In letzterem Falle zeigt sich noch die Spur der Privatrache, insofern zur Addiktion nur geschritten wurde, wenn sich die Beteiligten nicht über eine Geldabfindung einigten; nam et de furto pacisci lex permittit.[3]) Erhalten ist uns eine solche Spur der Privatrache auch bei der Spezialinjurie des membrum ruptum in dem Satze der 12 Tafeln: ni cum eo pacit, talio[4]) esto. Die Privatrache war durch die 12 Tafeln gegenüber dem nächtlichen Diebe zugelassen: er konnte ohne weiteres getötet werden. Lediglich der Weg der Privatrache war noch lange nach den 12 Tafeln dem Ehemann verstattet, der den auf frischer Tat ertappten Ehebrecher töten durfte.

Die Fälle der Privatdelikte scheiden im übrigen aus einer Erörterung des römischen Strafrechts aus. Sie gehören in das Privatrecht, denn die Verfolgung dieser Delikte ist lediglich Sache des Verletzten. Ihm fällt auch die poena (Buße) zu.

Außerhalb des Rahmens einer Besprechung des römischen Strafrechts liegt auch die Strafgewalt des

1) Jhering I. S. 133.

2) Gajus 3,189.

3) 7,14 D. 2,14.

4) „Auge um Auge, Zahn um Zahn“.

paterfamilias gegenüber den seiner Gewalt unterworfenen Personen. Der Umfang derselben zeigt sich in dem ius necis ac vitae, das dem Gewalthaber im gegebenen Falle selbst die Tötung des Gewaltunterworfenen gestattete. Ebenso ist hier nicht der Ort, die Strafgewalt der gens gegenüber den Gentilen einer Betrachtung zu unterziehen.[1])

§ 124. Von den 12 Tafeln bis Anfang der Kaiserzeit.

Die 12 Tafeln haben als delicta publica hauptsächlich nur perduellio (Auflehnung gegen die Gemeinde, Landesverrat) parricidium (von par = ein Gleicher und caedere = töten), d. i. Mord und absichtliche Brandstiftung (incendium). Perduellio galt als schwerstes Delikt und unterlag der Verfolgung durch Spezialmandatare,[2]) während sonst die Quästoren[3]) bezw. bei Kapitalsachen die Dreimänner als Gehilfen der Konsuln fungierten. An Stelle des alten Perduellions-Verfahrens trat allmählich der tribunizische Strafprozeß.[4])

In Ergänzung der 12 Tafeln wurden Spezialgesetze erlassen, hauptsächlich Amtserschleichung und Schädigung der Gemeinde betreffend.

Beim Fehlen einer allgemeinen Regelung des Strafrechts bildete — ähnlich wie im Zivilrecht die Rechtsprechung des Prätors — im Strafrechte das Zwangs- und Strafrecht, die coercitio der Magistrate (der Konsuln mit den Quästoren, der Tribunen, Zensoren,

---

[1]) Vgl hierüber Jhering I. 190 f.

[2]) Vgl. Mommsen S. 224.

[3]) Quaestores parricidii.

[4]) Mommsen S. 224. Die Tribunen als plebejische Oberbeamte bekamen die politischen Prozesse fast ganz in ihre Hände.

Ädilen) eine wichtige Ergänzung.[1]) Die Koerzition beruhte schrankenlos auf der Grundanschauung des Schutzes der Gemeinde gegen Übeltäter.[2])

Die Strafmittel[3]) dieser Magistrate waren Lebens-, Körper-, Freiheits- und Vermögensstrafen (multa, nicht poena, 244 D, 50,16), letztere aber auf ein bestimmtes Maß beschränkt. Gegen den Spruch des Magistrats stand Provokation an die Volksversammlung offen. Die Volksversammlung galt als Gnaden-Instanz. Den patriotischen Schwestermörder mußte der Richter erster Instanz verurteilen, die Bürgerschaft konnte ihm die Tat verzeihen. Nicht die einzelne Tat wurde in diesem Volksgerichte abgewogen, sondern die gesamte Persönlichkeit des Delinquenten innerhalb des Gemeinwesens. Recht und Rechtsanwendung waren hier eins. Das Volksurteil erging formell[4]) und materiell[5]) wie ein Volksgesetz.

Nach den 12 Tafeln zeigte die Entwicklung des römischen Rechts lange Zeit nur geringe Fortschritte. Von hoher Bedeutung wurden aber die von Cornelius Sulla, Julius Cäsar und Augustus erlassenen Strafgesetze. Zu nennen sind die lex Cornelia de sicariis et veneficiis, de injuriis, de falsis, lex Plautia de vi, lex Julia de repetundis (Erpressung), die lex Julia de adulteriis coercendis et de pudicitia vom Jahre

---

[1]) Vgl. hierüber Mommsen S. 222 f.

[2]) Mommsen S. 227.

[3]) Eine Folge gewisser Delikte — ähnlich wie die Infamie — war die sacratio, Sacertät. Der Übeltäter wurde homo sacer, geächtet, vogelfrei, z. B. bei Mißhandlung der Eltern, Verletzung der leges sacratae durch einen Magistrat. Der sacratio entsprach die consecratio des Vermögens des Übeltäters.

[4]) Mommsen S. 282.

[5]) Vgl. hierüber die glänzenden Ausführungen Iherings II. S. 46—49.

18 v. Chr. Das letzterwähnte Gesetz hat zuerst den Ehebruch (adulterium) zu einem iudicium publicum gestempelt, während bis dahin die Ehebrecherin lediglich dem iudicium domesticum des Gewalthabers, der Ehebrecher der Privatrache des Ehemannes oder Vaters ausgesetzt war. Die Strafe der lex Julia de adulteriis war — neben Vermögensstrafen — aquae et ignis interdictio, Verbannung[1]), in mancher Beziehung der sacratio ähnlich. Wo es neben der aquae et ignis interdictio zur Vermögenseinziehung kam, fiel das Vermögen nicht an den Tempel (consecratio), sondern an den Staat (publicatio bonorum).

§ 125. Von Anfang der Kaiserzeit bis zu Justinian.

Die Strafrechtsgesetze des Sulla, Cäsar und Augustus bildeten bis zu Justinian die Grundlage krimineller Verfolgung. Die römische Strafrechtswissenschaft und Strafrechtspraxis führte aber neue Gesichtspunkte in das Kriminalrecht ein. Während nach den 12 Tafeln und nach den vorerwähnten leges nur unterschieden wurde zwischen — allein strafbarem — dolus und casus, andererseits der Versuch wie die vollendete Tat bestraft wurde, da die dolose Absicht zur Bestrafung genügte, schälte die Wissenschaft aus dem casus die culpa, das Verschulden, die Herbeiführung eines voraussehbaren deliktischen Erfolges heraus und führte Bestrafung auch für bloß verschuldete Delikte ein. Andererseits machte sie Unterscheidungen zwischen Versuch und

[1]) Ursprünglich war sie nur von der Volksversammlung ausgesprochene Bestätigung eines freiwillig vor Aburteilung gewählten Exils, ebensowenig wie die sacratio eine eigentliche Strafe. Vgl. Ihering I. 287 f.



vollendeter Tat, ohne daß es im römischen Recht hierüber zu einer festen Anschauung gekommen wäre. Endlich differenzierte der Strafrichter bei der Strafbemessung je nach Alter, Stand[1]) und Einsicht des Delinquenten.

Von Strafmitteln sind besonders zu erwähnen die aquae et ignis interdictio (Verbannung), relegatio (eine mildere Form der Verbannung), condemnatio in metallum (zu Bergwerksarbeit), die poena culei (Einnähung in einen Sack und Versenken ins Meer als Strafe für Eltern- und Kindesmord). Den Verkauf in die Sklaverei kannte das Kaiserrecht nicht mehr als Strafe.

Mit der Verurteilung zum Tode wurde der Abgeurteilte servus poenae.

Die Todesstrafe sowie alle Strafen, die das caput, Freiheit und Bürgerrecht, berührten, nannte man poenae capitales.[2]) Sie hatten Konfiskation des Vermögens, publicatio bonorum zur Folge, was aber von Justinian gemildert wurde.

Die Vergehen teilte man ein in crimina legitima und crimina extraordinaria. Zu ersteren gehörten die nach zivilem Rechte, besonders nach den Strafgesetzen des Sulla, Cäsar und Augustus verfolgbaren Vergehen. Zu letzteren gehörten die in der Kaiserzeit zu crimina erhobenen Delikte, z. B. fahrlässige Tötung,[3]) stellionatus[4]) (Betrug) als Komplement zum crimen falsi

---

[1]) Vgl. z. B. 1,5 D. ad legem Corneliam de sicariis 48,8.

[2]) 2 pr. D. de poenis 48,19.

[3]) 4,1 D. 48,8.

[4]) 3,1 D. stellionatus 47,20: quod in privatis iudiciis est de dolo actio hoc in criminibus stellionatus persecutio ... ubicumque titulus criminis deficit, illic stellionatus obiciemus.

[5]) Dig. 47,19.

der lex Cornelia de falsis, crimen expilatae hereditatis.[5]) Durch das jus extraordinarium (novum, Kaiserrecht) wurden aber nicht bloß neue crimina eingeführt, sondern auch für gewisse Privatdelikte kriminelle Verfolgung im Wege der extraordinaria quaestio (cognitio) zugelassen (vgl. z. B. bezüglich des furtum l. 93 D. de furtis 47,2). Zu Ulpians Zeit überwog sogar die kriminelle Ahndung des furtum gegenüber dem civiliter agere.

In den Digesten sind die Privatdelikte behandelt in Buch 47, die crimina publica in Buch 48. Diese Bücher nannte man libri terribiles.

II. Strafprozeß.[1])

§ 126.

Ehe ein förmliches Kriminalverfahren sich gebildet hatte, entsprach der Privatrache bei Privatdelikten bei öffentlichen Vergehen die Volksrache.

Zu einer Zeit, wo der Übergang von der Privatrache zur Privatklage noch in der Schwebe war, so noch zur Zeit der 12 Tafeln, hatte sich aus der Volksrache bereits eine geordnete Volksjustiz — mit 2 Instanzen — gebildet. In erster Instanz urteilten die Kriminal-Magistrate: Konsuln mit ihren Gehilfen, den Quästoren, die duoviri perduellionis (Untersuchungsrichter für Vergehen gegen das Gemeinwesen), die Volkstribunen, die Ädilen und Zensoren. Ihre Strafgewalt fiel unter den weiteren Begriff der coercitio (der im Privatrecht die tuitio des Prätors gegenübersteht). Diese Magistrate urteilten öffentlich, vor contiones, formlosen Versammlungen des Volkes. Der Verurteilte konnte sich gegen ihr Urteil an die Volksversammlung als Gnaden-Instanz wenden. Deren Urteil erging wie ein Gesetz. Sie war nicht an das Recht gebunden, sondern schuf Recht im einzelnen Falle, weshalb ihre Wirksamkeit schon unter „Strafrecht" erwähnt wurde. Für Kapitalstrafen (ne-

---

[1]) Genaues s. bei Schulin, Röm. Rechtsgeschichte S. 505 ff.

care, verberare) gab es seit den 12 Tafeln nur eine Instanz, die Zenturiatkomitien.

Die von der Volksversammlung geübte Volksjustiz konnte das Ideal einer Strafrechtspflege sein, indem sie die Gesamt-Persönlichkeit des Delinquenten abwog, sie konnte aber auch und wurde später tatsächlich als Parteiwaffe gebraucht. Zu den großen Reformbestrebungen Sullas gehörte daher auch eine Neu-Ordnung des Strafprozesses. Das iudicium populi wurde ersetzt durch das iudicium publicum,[1]) durch den Quästionenprozeß, der ein formell privates,[2]) materiell kriminelles Verfahren war. Es wickelte sich ab vor ständigen Gerichtshöfen, quaestiones perpetuae, wie sie Sulla in seinen einzelnen Strafgesetzen einsetzte. Alle richterlichen Beamten sollten dem Senatorenstande entnommen werden. Das Urteil lautete im Quästionenprozeß auf Schuldig oder Nichtschuldig wie der heutige Geschworenenspruch. Eine Strafabmessung fand im sullanischen Quästionenprozeß nicht statt, die Strafen waren in den leges Corneliae vielmehr absolut bestimmt.

Dieser Quästionenprozeß wurde als der ordentliche — ordo iudiciorum publicorum — bezeichnet. Neben ihn traten bereits gegen Ende der Republik — nichtöffentliche[3]) — extraordinariae quaestiones, deren Wesen Schranken- und Formlosigkeit war. Eine extraordinaria quaestio konnte einerseits unter Zusammenwirken von Konsuln und Senat, andererseits durch den Kaiser stattfinden. Tiberius delegierte die kaiserliche Kriminaljustiz einem ständigen Vertreter, dem praefectus

---

[1]) Mommsen S. 284.

[2]) Mit Trennung des Verfahrens in jus und judicium wie im Formularprozeß, doch hatte im Gegensatz zu letzterem der Prätor auch in judicio den Vorsitz.

[3]) Im Gegensatz zum ordentlichen Quästionenprozesse.

urbi, der bald die Rechtspflege vorwiegend in die Hände bekam. Für die Aufrechterhaltung der Ruhe in der Hauptstadt standen dem Stadtpräfekten drei Kohorten von je 1500 Mann zur Verfügung.

Eine Besonderheit sowohl des ordentlichen Quästionenprozesses wie der extraordinariae quaestiones[1]) war die Rolle, die der Ankläger spielte. Es war dies eine beliebige Privatperson,[2]) die bei ungerechter Anklage Strafen, bei gerechter Belohnungen zu gewärtigen hatte. Erst in späterer Kaiserzeit entwickelte sich neben diesem Akkusationsprozesse ein Inquisitionsprozeß, bei dem der Kriminalmagistrat von selbst eine Untersuchung einleitete.

---

1) Mommsen S. 285.

2) Bei mehreren Anklägern wählte der iudex den Vertrauenswürdigeren: 16 D. de accusationibus 48,2.

Anhang.

Zusammenstellung von Rechtsregeln.

1. **actore non probante reus absolvitur:** favorabiliores rei potius quam actores habentur; 125 D. 50,17.

2. **adoptio naturam imitatur.** S. 246.

3. **alterius nomine agere non licet:** im älteren römischen Prozeßrechte war eine Prozeßvertretung unzulässig; nur für gewisse Fälle Ausnahmen: agere pro populo, pro libertate. Im Formularprozeß kam dann cognitor und procurator auf. Vgl. S. 310.

4. **audiatur et altera pars:** auch der Gegenpartei muß Gelegenheit zur Äußerung gegeben werden (allgemein gültiger Grundsatz für Klageverfahren); wird die Gelegenheit nicht wahrgenommen, dann eventl. Versäumnis-Verfahren. Im Strafprozeß ist letzteres in der Regel ausgeschlossen; vgl. aber §§ 231 f. St.P.O.

5. **bis de eadem re ne sit actio:** Durch die Litiskontestation wurde der Klaganspruch konsumiert (negative Funktion der Litisk.), die res war in

judicium deducta und einer Klage wegen desselben Anspruchs stand die prozeßhindernde exceptio rei in judicium deductae entgegen, welcher bei schon ergangenem Urteile die exceptio rei judicatae entsprach.

6. **bonae fidei possessor fructus consumtos suos facit:** ungenau, Eigentümer wird er schon durch Separation; Sinn ist: er braucht die verzehrten Früchte nicht zu ersetzen wie der malae fidei possessor.

7. **casum sentit dominus:** unhaltbar, soweit Gefahrtragung beim Kauf in Betracht kommt; vgl. Nr. 61.

8. **casus a nullo praestatur,** wenn es an besonderen Gründen fehlt, einen Dritten für den Schaden verantwortlich zu machen.

9. **cavere aut carere:** Der Verpflichtete muß entweder cautio damni infecti leisten oder er verliert sein Grundstück; ähnlich bei der cautio usufructuaria des Nießbrauchers, dem bis zur Kautionsstellung der Nießbrauch vorenthalten werden konnte (im röm. R. wurden durch die c. u. mit Hilfe des Prätors erst Verpflichtungen des Nießbrauchers „begründet", im gemeinen Recht deren Erfüllung durch c. u. nur „gesichert"; so auch heute).

10. **cessante ratione legis cessat lex ipsa:** unrichtig; vgl. auch Nr. 42.

11. **confessus pro judicato habetur:** Regel des römischen Gerichtsverfahrens, gemeint ist das Zugeständnis des ganzen Rechtsanspruchs, nicht das Zugeständnis einzelner Tatsachen; gilt vorwiegend für die confessio in jure, die es nicht erst zu einem judicium kommen ließ. Vgl. R.Z.P.O. 307.

12. **consensus facit nuptias.** S. 241.

13. **cujus periculum, ejus commodum:** wer die Gefahr eines gewissen Ereignisses trägt, hat auch auf den durch dieses Ereignis verursachten Gewinn Anspruch. Vgl. B.G.B. 446.

14. **dabis mihi factum, dabo tibi jus:** wurde zum Grundsatz mit Überwiegen der extraordinaria cognitio; Gegensatz zum altrömischen Satze: nur wer eine actio hat, hat ein Recht. S. 356, 329, 313.

15. **dies interpellat pro homine:** Bei Fixgeschäften ist keine Mahnung nötig, um Verzug herbeizuführen. So auch B.G.B. § 284,2. Vgl. Nr. 41.

16. **doli exceptio bonae fidei judiciis inest.** Als dolus wurde schon Klaganstellung mit Bewußtsein einer entgegenstehenden exceptio erachtet. Deshalb könnte man annehmen, daß bei judicia bonae fidei überhaupt keine exceptio vorkam. Dies trifft jedoch nicht zu, da einerseits jenes Bewußtsein nicht immer vorausgesetzt werden konnte, andererseits auch dadurch Einwendungen äußerlicher Art wie exceptiones cognitoriae, rei judicatae etc. sich nicht erübrigten. S. 336.

17. **dolo facit qui petit quod redditurus est.** Kompensation wurde mit der exceptio doli geltend gemacht, eine besondere exceptio compensationis kannten die Römer nicht. 173,8 D. 50,17.

18. **ecclesia vivit lege Romana.** S. 100, 102.

19. **ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat:** nicht immer zutreffend; z. B. muß bei der condictio indebiti der Kläger beweisen, daß eine Schuld nicht besteht. Vgl. Nr. 49.

20. **exceptio doli inest bonae fidei judiciis;** vgl. Nr. 16.

21. **exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam:** indem der Exheredierte miteingerechnet wird in die Zahl der Intestaterben, mindert er den Pflichtteil (legitima portio), wenn er aber als 5. Pflichtteilserbe hinzukommt, vermehrt er ihn (bei 4 Pflichtteilserben gab es $^1/_3$ als legitima, also bei 4 Erben $^1/_{12}$ legitima; bei 5 und mehr Pflichtteilsberechtigten gab es die Hälfte als legitima, bei 5 Erben also $^1/_{10}$). Vgl. B.G.B. § 2303, 2310. S. 277.

22. **falsa causa non nocet:** Irrtum im Beweggrunde schadet nicht der Rechtsgültigkeit. Im späteren römischen Rechte bildete aber falsa causa bei Erbeseinsetzung einen Indignitätsgrund, bei Vermächtnissen einen Anfechtungsgrund: exceptio doli. Vgl. § 2078,2 B.G.B.

23. **fiat justitia, pereat mundus:** Durchführung von Rechtskonsequenzen bis zur Ungerechtigkeit (summum jus summa injuria: Cicero).

24. **fructus sine usu esse non potest:** Der Gebrauch ist notwendiger Begleiter der Fruchtziehung. Der usus seinerseits kann in selbständiger Weise neben fructus bestehen, z. B. das Recht, in einem Obstgarten spazieren zu gehen.

25. **fur semper moram facere videtur (lex interpellat pro homine):** vgl. 8,1 D. 13,1; im gem. R. auch auf Unterschlagung 2c. ausgedehnt. Heute besondere Bestimmungen in §§ 848ff. B.G.B.

26. **genus perire non censetur:** bei Untergang der verkauften Genussache muß der Verkäufer eine andere Sache gleicher Gattung liefern, er trägt

also das periculum. Vgl. B.G.B. § 279. Vgl. Nr. 61.

27. **graeca sunt, non leguntur:** die griechischen Koderstellen wurden wegen ihrer vermeintlichen örtlichen Begrenztheit nicht glossiert (legere).

28. **heres facta defuncti praestare debet:** Rechtshandlungen des Erblassers verbinden den Erben wie eigene.

29. **ignoranti non acquiritur possessio:** gilt im B.G.B. nicht mehr. S. 200.

30. **impossibilium nulla obligatio:** Celsus. 185 D. 50,17.

31. **indivisa est pignoris causa:** wenn die Pfandforderung geteilt oder gemindert wird, so erfolgt nicht von selbst eine Teilung des Pfandrechts. S. 228.

32. **in dubio contra fiscum.**

33. **in pari causa est potior causa possidentis** (favorabiliores rei potius quam actores habentur 125 D. 50,17). 128 D. 50,17.

34. **in praeteritum non vivitur:** es kann für die Vergangenheit keine Nachzahlung von Alimenten gefordert werden. Vgl. jedoch für uneheliche Kinder § 1711 B.G.B. im Gegensatz zu § 1613.

35. **invitus agere nemo cogitur:** Der Anspruch geht durch Nichterhebung der Klage nicht verloren, wenn nur die Verjährungsfrist eingehalten wird. Doch gab es im gemeinen Rechte gewisse Fälle, wo abgesehen von der Verjährung die Klage innerhalb einer bestimmten Frist bei Vermeidung von Rechtsnachteilen (Präklusionen) erhoben werden mußte:

provocatio ex lege diffamari und provocatio ex lege si contendat.
Für das heutige Recht vgl. z. B. § 946 ff. Z.P.O. (Aufgebot), § 926 Z.P.O. (Aufhebung des Arrestes bei Richterhebung der Klage innerhalb der auf Antrag gesetzten Frist).

36. ipso jure compensatur: Bedeutung unklar, von Dernburg dahin erklärt, daß in dem älteren röm. Rechte der judex nach freiem Belieben die Kompensation zuließ, derselbe aber seit Marc Aurel verpflichtet war, eine Kompensationsmöglichkeit zu berücksichtigen.
Im gemeinen Rechte hatte der Satz eine den §§ 388 f. B.G.B. entsprechende Bedeutung gewonnen.

37. jura novit curia. Doppelte Bedeutung: 1) dieselbe, wie dabis mihi factum, dabo tibi ius; 2) nur ausländisches Recht, Gewohnheitsrecht und Statuten müssen eventl. dem Richter nachgewiesen werden, anderes Recht kennt er. Vgl. § 293 Z.P.O.

38. jura ossibus inhaerent: Personalitätsprinzip: Ausländer werden nach ihrem heimischen Rechte behandelt. Dies ist besonders in älteren Rechten der Fall, z. B. im germanischen Rechte das System der Stammesrechte; vgl. im übrigen Nr. 73.
Heute gemischtes System: vgl. z. B. St.G.B. § 3, W.O. Art. 84 ff., E.G.B.G.B. Art. 7 ff.

39. jus est ars boni et aequi: Celsus, zitiert von Ulpianus in l. 1 pr. D. I, 1.

40. jus publicum privatorum pactis mutari non potest.

41. lex interpellat pro homine: Verzug tritt ohne Mahnung ein in den Fällen unerlaubter Besitzentziehung; vgl. Nr. 25.

42. **lex posterior derogat priori:** vgl. auch Nr. 10. **lex posterior generalis non derogat priori speciali.**

43. **lis infitiando crescit in duplum:** nur in gewissen Fällen gültig, z. B. bei der actio judicati, legis Aquiliae. S. 193.

44. **malitia supplet aetatem:** im späteren röm. Rechte fand eine Restitution wegen Minderjährigkeit nicht statt, wenn sich der Minderjährige für großjährig ausgegeben hatte.

45. **malitiis non est indulgendum:** Schikane ist verboten; vgl. B.G.B. § 226.

46. **melior est causa possidentis;** s. Nr. 33.

47. **minima non curat praetor:** dieser nicht allgemein gültige Satz hat seine Bedeutung im Hinblick auf die durch den Prätor gewährten außerordentlichen Rechtsbehelfe, die nur bei erheblicherem Anlasse gewährt wurden, so z. B. in integrum restitutio.

48. **nasciturus pro iam nato habetur.** S. 122.

49. **negativa non sunt probanda:** unrichtig; vgl. Nr. 19. Soviel steht aber fest, daß, wo es auf ein „non facere" ankommt, der andere Teil zu beweisen hat — das facere —; vgl. z. B. B.G.B. 345, 358.

50. **nemo alienum factum promittendo obligatur:** Verträge zu Lasten Dritter sind unwirksam. Nach römischem Rechte waren auch die Verträge zu Gunsten Dritter ungültig. Vgl. B.G.B. 328ff.

51. **nemo alteri stipulari potest:** das röm. Recht kannte keine Verträge zu Gunsten eines Dritten. Vgl. B.G.B. 328.

52. nemo pluribus testamentis decedere potest. S. 270.

53. nemo plus juris transferre potest quam ipse habet: gilt besonders für das Obligationenrecht; im B.G.B. im Gegensatz zum römischen Rechte für das Gebiet des Sachenrechts aber eingeschränkt durch die Bestimmungen zu Gunsten des redlichen Erwerbs vom Nichtberechtigten („Hand wahre Hand“); vgl. § 932 B.G.B.

54. nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest: Hatte der Erblasser testamentarisch nur über einen Teil des Nachlasses verfügt, so fiel auch der übrige Teil an die Testamentserben, es trat keine Intestat-Erbschaft ein. Eine Ausnahme wurde beim miles (Gegs. paganus) gemacht. Anders jetzt B.G.B. § 2088. S. 262.

55. nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest: niemand kann willkürlich seinen titulus possessionis ändern, besonders für die Ersitzung, die einen justus titulus verlangt, von Bedeutung. S. 200.

56. nomina sunt ipso jure divisa, brauchten also nicht besonders geteilt werden (Forderungen und Schulden, die ihrer Natur nach unteilbar sind, führten zu solutionsweiser Berichtigung). Sie wurden daher nicht in die actio familiae herciscundae hereingezogen, konnten aber dann hereingezogen werden, wenn dadurch die Auseinandersetzung vereinfacht wurde: sie wurden also dann nicht geteilt, sondern einem einzelnen Erben überwiesen. Der Grundsatz hatte zur Folge, daß jeder Miterbe seinen Forderungsanteil einklagen, wegen seines Schuldanteils selbständig belangt werden konnte. Anders B.G.B. §§ 2058 ff. S. 282.

57. **nullus videtur dolo facere, qui jure suo utitur:** geht nur bis zur Grenze der Schikane, vergl. Nr. 45.

58. **olim possessor hodie possessor semper possessor.** S. 212.

59. **omnia judicia esse absolutoria,** d. h. bei Erfüllung nach Litiskontestation, war ursprünglich nur für actiones bonae fidei, später auch für solche stricti juris anerkannt gemäß der Ansicht der Sabinianer. S. 349.

60. **pater est quem nuptiae demonstrant:** im römischen Rechte sprach eine praesumtio juris dafür, daß nach dem 181. Tage seit Eingehung der Ehe geborene Kinder eheliche seien, vom Ehemanne erzeugt seien. Das heutige R. geht weiter, vgl. B.G.B. § 1591.

61. **periculum est emtoris:** der Käufer einer Spezies mußte auch dann zahlen, wenn die Sache zufälligerweise nach der Perfektion des Vertrages und vor Eigentumsübergang und Tradition untergegangen war; vgl. aber Nr. 26 für Genuskauf.

Anders im Anschluß an A.L.R. jetzt B.G.B. § 446.

62. **periculum est locatoris,** Gegs. zu vorigem: ging die Sache durch Zufall unter, so lief der Mietszins nicht weiter; dies hängt damit zusammen, daß postnumerando nach Verhältnis der Gebrauchszeit gezahlt wurde. Zufallsschaden an der Mietsache (Fensterscheiben zerschlagen) trägt der locator: so auch nach B.G.B. § 536f.

63. **per liberam personam acquiri nobis non potest:** direkte Stellvertretung war unzulässig; anders das neuere gemeine Recht und B.G.B. § 164.

64. **per partes nec acquiri nec imponi servitutes posse**: Prädial-Servituten waren unteilbar, daher mußten alle Miteigentümer des herrschenden bezw. dienenden Grundstücks mitwirken, ursprünglich sogar gleichzeitig.

65. **pignoris causa est indivisa.** S. 228.

66. **portio portioni accrescit**: Die Akkreszenz ist keine neue Berufung zu Gunsten des A.-Berechtigten; sonst müßte dieser den Fall erleben, was aber nicht nötig ist; die Anwachsung verwirklicht sich vielmehr auch bei den Erben des Berechtigten.

67. **positus in condicione non est positus in dispositione**: veraltet, auch der indirekt eingesetzte Erbe gilt als Erbe.

68. **praesumtio Muciana.** S. 254.

69. **praetor jus dicere potest, facere non potest**: nur bedingt richtig, denn in der Möglichkeit der Bildung von actiones utiles und in factum sowie entsprechender Exzeptionen hatte der Prätor tatsächlich auch die Möglichkeit, Recht zu bilden.

70. **pretium succedit in locum rei.** An Stelle der Sache tritt der Wert bei Sachgesamtheiten, z. B. bei der hereditas. Vgl. z. B. B.G.B. 2019.1, 2374.

71. **Prior tempore potior jure**: besonders für die Reihenfolge von Hypotheken von Belang. B.G.B. § 1209. S. 229, 230.

72. **qui delegat, solvit.** Wenn der Überwiesene dem Delegatar promittierte, dann galt die Schuld des Überweisenden als getilgt; anders gemeines R.:

„Anweisung ist keine Zahlung", duldete zwei Forderungen nebeneinander, so auch B.G.B. § 788.

73. quidquid est in territorio, etiam est de territorio (Territorialitätsprinzip): vgl. Nr. 38. Hauptsächlich maßgebend für Ausländern gehörige inländische Liegenschaften.

74. quidquid non agnoscit glossa, non agnoscit curia: die von Accursius nicht glossierten Stellen der Pandekten rc. wurden in den Gerichten nicht als praktisch angesehen und sind daher auch in Deutschland nicht rezipiert worden.

75. qui ex causa judicati solvit, repetere non potest, nur erfolgreiche Anfechtung des judicatum berechtigt zur Rückforderung.

76. qui suo jure utitur, neminem laedit: vgl. Nr. 45, 57.

77. qui tacet, consentire videtur: kanon. Recht; gilt nur, ubi loqui potuit et debuit. Vgl. B.G.B. §§ 108, 149, 496, 515, 612; H.G.B. § 377.

78. quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere. Doch gibt es Ausnahmen: z. B. nach röm. R. konvaleszierten nicht widerrufene Schenkungen zwischen Ehegatten, wenn Schenker zuerst starb. Nach B.G.B. § 313 konvalesziert nicht notariell bezw. nicht gerichtlich beurkundeter Immobiliar-Kaufvertrag durch Auflassung; allerdings liegt hier nicht bloß tractus temporis vor. Vgl. 29 D. 50,17.

79. quod sine die debetur, statim debetur: vgl. 14 D. 50,17, B.G.B. § 271.

80. regula Catoniana. S. 290.

81. **res succedit in locum pretii, pretium in locum rei:** bei den Sondervermögen, universitas juris (Summe von Vermögensbestandteilen); für das B.G.B. vgl. die erbrechtl. §§ 2019, 2374ff.

82. **reus in exceptionibus fit actor.**

83. **Scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem.** S. 79.

84. **semel heres semper heres.** S. 266, 268, 269, 270, 290, 293.

85. **servitus in faciendo consistere nequit,** sondern nur in einem pati, non facere. Gegensatz: die deutschen Reallasten. S. 221.

86. **servus rei publicae causa abesse non potest:** Paulus, letztes Fragment der Digesten.

87. **species perit ei, cui debetur:** vgl. Nr. 61.

88. **spoliatus ante omnia restituendus.** Im gemeinen Rechte gehörte die Spolien-Einrede (geschaffen durch canon Redintegranda) = possessorisches Rechtsmittel bei Besitzentziehung zu den prozeßhindernden; heute nur noch einfache Einrede.

89. **substitutus substituto est substitutus instituto:** Der Ersatzerbe eines Ersatzerben ist bei Wegfall des letzteren unmittelbar Ersatzerbe des weggefallenen eingesetzten Erben. S. 269.

90. **superficies solo cedit:** Eingebautes und Eingewurzeltes fällt dem Grundeigentümer zu; vgl. B.G.B. § 946 und B.G.B. § 94: Same wird schon mit dem Aussäen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks ohne Wurzelschlagen. S. 130, 216, 220.

91. **tantum praescriptum quantum possessum.** Im römischen Rechte gab es bestimmte Typen von Grundgerechtigkeiten, anders gemäß diesem Grundsatze das gemeine Recht, das alle möglichen Ersitzungsarten kannte.

92. **tres faciunt collegium.** S. 123.

93. **utile per inutile non vitiatur:** Gültiges ist vom Ungültigen zu trennen (besonders für Verträge). Dies ist aber unzulässig, soweit Gesetz oder Vertragsabsicht dagegen steht. Ähnlich B.G.B. § 139.

94. **vim vi repellere licet.** S. 157, 201.

95. **viventis nulla hereditas.** S. 261.

Hauptsächlich benutzte Literatur.

R. v. Jhering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 4—5. Aufl. Leipzig 1888—99. Breitkopf & Härtel.

Otto Karlowa, Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1885—1901. Veit & Co.

Th. Mommsen, Abriß des römischen Staatsrechts. Leipzig 1893. Duncker & Humblot.

Fr. Schulin, Lehrbuch der Geschichte des römischen Rechtes. Stuttgart 1889. Ferd. Enke.

K. Esmarch, Römische Rechtsgeschichte. 3. Aufl. Kassel 1888. Wigand.

C. Salkowski, Institutionen. 8. Aufl. Leipzig 1902. Tauchnitz.

R. Sohm, Institutionen. 11. Aufl. Leipzig 1903. Duncker & Humblot.

Sachregister.

Die Zahlen bedeuten die Seiten.

B.

C.

G.

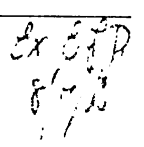
L.

N.

O.

P.

U.



Druck von A. W. Hayn's Erben, Berlin und Potsdam.



Digitized by Google

Verlag von **Paul Nitschmann** Berlin N.
Friedrichstr. 125.

Wie verbessern wir

Unser Gedächtnis?

Versuch einer Gedächtnisförderung
auf natürlicher Grundlage

von

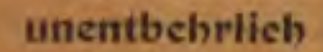
Ernst Freydank.

4. Auflage.

Preis elegant brosch. Mk. 1,—.

Inhalt.

Ebenso wie «Paul, Wie sollen wir geistig arbeiten?» und «Paul, Der geniale Mensch



unentbehrlich



